

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID
FACULTAD DE DERECHO



TESIS DOCTORAL

El agente provocador

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR
PRESENTADA POR

Luis Felipe Ruiz Antón

Madrid, 2015



UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO

EL AGENTE PROVOCADOR

Tesis para acceder al grado de Doctor
presentada por LUIS FELIPE RUIZ ANTON



BIBLIOTECA
DE DERECHO

Dirigida por el Profesor Doctor Don José
María Rodríguez Devesa.

Facultad de Derecho. Departamento de
Derecho Penal. Universidad Complutense
de Madrid.

Madrid, octubre de 1978

INDICE DE MATERIAS

INTRODUCCION	Págs. 7-
--------------------	-------------

CAPITULO PRIMERO

PRIMERA PARTE: EL CONCEPTO DE AGENTE PROVOCADOR ...

I.- <u>Evolución histórica. Primeras alusiones al tema: la estructura contradictoria del comportamiento del agente provocador..</u>	31
II.- <u>El planteamiento de GLASER: abstracción del problema</u>	37
III.- <u>Evolución posterior del concepto: doble forma de enfocar el problema.....</u>	39
A. <u>El comportamiento del agente provocador no difiere del que caracteriza a cualquier otro copartícipe, salvo en el momento psicológico extratípico que persigue</u>	39
B. <u>El comportamiento del agente provocador difiere sustancialmente del que es propio de todo otro copartícipe en un delito.....</u>	43
IV.- <u>El planteamiento de HEILBORN: el agente provocador carece de voluntad de lesionar materialmente el bien jurídico</u>	48
V.- <u>El planteamiento de SINGEWALD: el agente provocador y la teoría de las normas de Binding</u>	55
VI.- <u>Crítica al planteamiento conceptual de la opinión dominante</u>	62
VII.- <u>Crítica al planteamiento conceptual que hace del momento psicológico extratípico el requisito que define al agente provocador</u>	75

VIII.- <u>Crítica al planteamiento conceptual de HEIL-</u> <u>BORN</u>	77
IX.- <u>Crítica al planteamiento conceptual de</u> <u>SINGEWALD</u>	84
X.- <u>Presupuestos para delimitar el concep-</u> <u>to de agente provocador</u>	87
A. La voluntad del agente provocador persigue un objetivo situado más allá de los relevantes para el ti po: quiere que el provocado se ha ga responsable criminalmente	90
B. El agente provocador carece de vo luntad de producir el desvalor que fundamenta lo injusto del delito afectado por su comportamiento.....	99
SEGUNDA PARTE: <u>LA CONDUCTA PROVOCADORA</u>	
<u>Presupuestos de la responsabilidad</u> <u>criminal del agente provocador: Lo</u> <u>calización sistemática del tema</u>	105

CAPITULO SEGUNDO

LOS ACTOS PREPARATORIOS Y EL AGENTE PROVOCADOR.....

I.- <u>Localización sistemática</u>	115
II.- <u>Conspiración a delinquir y agente</u> <u>provocador</u>	125
III.- <u>Proposición a delinquir y agente</u> <u>provocador</u>	138
IV.- <u>Provocación a delinquir y agente</u> <u>provocador</u>	146

CAPITULO TERCERO

LA AUTORIA CRIMINAL Y EL AGENTE PROVOCADOR.....

I.- Planteamiento general del problema	160
--	-----

II.- <u>La autoría criminal en sentido propio.....</u>	165
A. La autoría en la doctrina del <u>do</u> minio del hecho.	171
B. La autoría en la teoría objetivo formal: autor en sentido propio.....	179
III.- <u>El agente provocador como autor prin-</u> <u>cipal del hecho.....</u>	193
A. El agente provocador realiza ac- tos constitutivos de una tenta- tiva	199
B. Consumación del delito en contra de la voluntad exteriorizada del a- gente provocador.....	207
C. El agente provocador quiere la consumación formal del hecho.....	211
D. Delitos pluripersonales y agen te provocador	216
E. Delitos de peligro y agente pro vocador	225
IV.- <u>La autoría mediata y el agente pro-</u> <u>vocador</u>	231
V.- <u>La coautoría criminal y el agente</u> <u>provocador.....</u>	249

CAPITULO CUARTO

LA PARTICIPACION CRIMINAL Y EL AGENTE PROVOCADOR...

I.- <u>Planteamiento general del problema.....</u>	268
II.- <u>El fundamento de la pena en la par-</u> <u>ticipación criminal.....</u>	276
A. Teoría que mantiene que los ti- pos de participación son porta- dores de su propio contenido de injusto. Crítica.....	279
B. Teoría de la corrupción.....	289
C. Teoría de la cooperación en la realización del hecho principal.....	296

III.- <u>El forzar a delinquir y la inducción</u>	299
A. El forzar a delinquir del art. 14 n. 2.	299
B. La inducción	304
IV.- <u>La inducción y el agente provocador</u>	315
A. La teoría de la participación en la culpabilidad ajena (<u>Schuld-</u> <u>teilnahmetheorie</u>) y el agente provocador.....	319
B. La teoría de la participación en lo injusto ajeno (<u>Unrechts-</u> <u>teilnahmetheorie</u>) y el agente provocador	326
C. La teoría de la contribución al ataque del bien jurídico (<u>res-</u> <u>triktive o modifizierende Verur-</u> <u>sachungstheorie</u>) y el agente pro vocador	334
V.- <u>Crítica a las diversas teorías y toma de postura</u>	338
A. Crítica a la teoría de la partici pación en la culpabilidad ajena (<u>Schuldteilnahmetheorie</u>).....	338
B. Crítica a la teoría de la partici pación en lo injusto ajeno (<u>Unrechtsteil-</u> <u>nahmetheorie</u>).....	342
C. Toma de postura: presupuestos con ceptuales y sistemáticos de la teoría de la contribución al ata- que del bien jurídico.....	351
1. Relación funcional y sistemá tica.....	353
2. El momento volitivo en el a- gente provocador: influencia en el hecho provocado.....	356
3. La tentativa y el comporta- miento peligroso del agente provocador: crítica.....	358

D. <u>Recapitulación. Exámen particulari</u> <u>zado de diversos supuestos</u>	369
1. Arrepentimiento activo y desis timiento voluntario de consu mar el delito	374
2. Presupuestos sistemáticos y funcionales que fundamentan la irresponsabilidad criminal del agente provocador que evi ta la lesión del bien jurídico...	384
3. La tentativa cualificada	387
4. Delitos de simple actividad y delitos de emprendimiento.....	392
5. Delitos de peligro.....	399
6. Consumación del delito en con tra de la voluntad exteriori zada del agente provocador.....	401
7. Consumación formal del delito....	406

VI.- <u>La cooperación necesaria y la complici</u> <u>dad y el agente provocador</u>	423
---	-----

CAPITULO QUINTO

<u>LA TENTATIVA INIDONEA Y EL AGENTE PROVOCADOR</u>	448
<u>EL DELITO PROVOCADO EN LA JURISPRUDENCIA DEL</u> <u>TRIBUNAL SUPREMO Y EL AGENTE PROVOCADOR</u>	463
CONCLUSIONES.....	477
ABREVIATURAS	485
BIBLIOGRAFIA	486

INTRODUCCION

1.- La expresión agente provocador aparece por vez primera en la literatura jurídico penal a mediados del si glo pasado, y su incorporación al sistema obedece a una necesidad de índole conceptual: bajo la misma se dio cabi da a un conjunto de comportamientos que se apartan del mo delo común de codelincuencia y cuya característica unifor me es la contradictoria composición estructural que todos ellos presentan. Y del mismo modo que sucede con cualquier otro término de nueva adquisición, el Derecho penal se li mitó en una primera etapa a recogerlo en su seno con el significado usual adquirido en la realidad social, lugar donde se formó el binomio significante-significado. Sólo en un segundo momento adquiriría en la sistemática jurídi co penal un contenido significativo propio. Por ello con viene relacionar la expresión con el sentido que reciben en el entorno socio político las acciones promovidas por aquellos individuos a los que la lengua francesa denominó agents provocateurs(1); es decir, por quienes incitan a

(1) La expresión agent provocateur ha sido recibida por los distintos idiomas, bien en su versión francesa origi nal, como puede decirse que hoy acepta unánimemente la doc trina penal alemana, o bien traduciéndola literalmente: agente provocador, en español, agente provocatore, en ita liano... Según Ernst DEUBERT, (Der agent provocateur und seine Beurteilung nach dem Reichsstrafgesetzbuche, Haller Dissertation, Neunkirchen, 1910, 6), quien primeramente...

realizar un determinado hecho, o crean las circunstancias fácticas que impulsen a otro a ejecutarlo, persiguiendo un fin de signo contrario al que en apariencia se aspira con la acción provocadora. De este modo cuando el agente provocador promueve la realización de un comportamiento hos-til al poder establecido, no lo hace con el fin de destruirlo, sino todo lo contrario: persigue su fortalecimiento medianste la adopción de medidas excepcionales justificadas bajo el pretexto de los sucesos por él desencadenados. A través de lo que se ha denominado la estrategia de la tensión, el agente provocador, frecuentemente a instancias del poder, organiza atentados, promueve disturbios, instru-menta acciones generalmente dotadas de un sustrato crimi-nal, a fin de crear el clima psicológico que propicie el restablecimiento del orden perturbado y haga que se ponga a buen recaudo a sus autores(2). La historia, y también

..... utilizó la voz alemana Lockspitzel, a la que ha-bría que dar el mismo significado que al término agent pro-vocateur, fue Henckell, en el Züricher Post de 2 de febre-ro de 1888, en un poema satírico titulado Lockspitzellied. La doctrina alemana, de forma general, considera que es coincidente el contenido significativo de la voz alemana y el de la expresión francesa. Cfr. a este respecto, Al-bert DOPFFEL, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des agent provocateur, Tübinger Dissertation, Stuttgart, 1899, 3; Paul HEILBORN, Der agent provocateur. Ein strafrecht-liche Studie, Berlín, 1901, 9 s. Por el contrario H. JOHA NNIEMANN, (Die Strafbarkeit des Spitzels, Göttingen Disser-tation, Göttingen, 1924, 25 n.1), prefiere emplear la pa-labra Spitzel, que equipara a Lockspitzel, y ésta a su vez a agent provocateur. Cfr. además, Alexander BEKZADIAN, Der agent provocateur (Lockspitzel) mit besonderer Berücksich-tigung der politischen Provokation in Russland. Ein Bei-trag zum Strafrecht und zur Kriminalpolitik, Zürcher Disser-tation, Zürich, 1913, 70.

(2) Como puede comprenderse el objeto de este estudio no...

el presente, nos descubren cómo los más diferentes sistemas políticos se han servido de agentes provocadores para conseguir la reacción en el sentido deseado(3). El agente provocador es un instrumento más de la mecánica sutil que

..... es el análisis de las actividades del agente provocador en el ámbito estrictamente político. Cfr. a este respecto Alessandro COLETTI, Anarchi e questori, Padova, Marsilio ed., 1971. Le asiste la razón a Coletti cuando indica: "Organizar atentados, provocarlos, para atribuírselos a 'elementos subversivos', y especialmente a los anarquistas, forma parte de una triste, antigua tradición"(18). Véase además, Maurice PARMELEE, Criminología, Madrid, 1925, 449 n.1 y 456 s.; Richard Katzenstein, "Der agent provocateur vom Standpunkt des R.St.G.Bs.", en ZStW, 1901, 374, quien advierte del importante papel que el agente provocador ha desempeñado en la lucha contra el anarquismo.

(3) Con relación a España sirva señalar las actividades de José Manuel del Regato, célebre a principios del Siglo XIX, de quien Pío Baroja, ("Regato, el agente provocador", en Obras Completas, Tomo V, Madrid, Biblioteca Nueva, 1948, 1169-1172) cuenta que era "de los puntos fuertes del café Lorencial, y después de la Fontana de Oro (...). Así pudo tener noticias de todos los círculos liberales, masónicos, comuneros, anilleros y carbonarios, conferenciar con sus hombres principales y dar informes auténticos al rey. Regato apareció siempre donde hubiese ruido, preparando la algarazara y el alboroto, haciendo que los grupos liberales apareciesen como insensatos y absurdos" (1170). Cfr. sobre el mismo tema Mariano José de Larra, "Ni por esas", en Artículos políticos, (antología), Madrid, Taurus, 1975, 278 n. 68. Presumiblemente las actividades de "Coletilla" personaje de La fontana de Oro, de Pérez Galdós, están inspiradas en Regato. Para Alemania puede consultarse, Robert HIPPEL, Deutsches Strafrecht, II, Berlín, 1930, 465 n. 6; y la abundante casuística, extraída de la jurisprudencia, en JOHANNIEMANN, Die Strafbarkeit des Spitzels, 5-26 y en Klaus LUDERSSEN, "Verbrechensprophylaxe durch Verbrechensprovokation?", en Festschrift für Karl Peters, Tübingen, 1974, 349 ss. De la provocación política en Italia se ha ocupado Leonardo GALLI, "La responsabilità penale dell'agente provocatore", en La Giustizia Penale,

utiliza la acción política como estrategia para conseguir sus fines. El elemento constante es la presencia en el comportamiento del agente provocador de una estructura contradictoria: persigue siempre un objetivo de signo inverso al que aparentemente aspira. De este modo la expresión agente provocador referida al entorno socio político, ha adquirido en el lenguaje de todo pueblo un contenido semántico portador de un doble valor significativo: en primer lugar denota, como se deduce sin más de la unión del sustantivo agente al adjetivo provocador, el ejercicio de una actividad incitadora de un comportamiento ajeno; pero al mismo tiempo la expresión asocia un segundo significado connotativo de la presencia de una contradicción interna entre lo que simuladamente pretende y lo realmente perseguido. Esta estructura contradictoria, precisamente, es la que va a servir de punto común de referencia para articular coherentemente, en el ámbito del Derecho penal, los distintos supuestos de agente provocador(4).

..... 1939, col, 777. Por último BEKZADIAN (Der agent provocateur, 7 ss.), expone un amplio panorama de la provocación política en la Rusia de principios del S. XX, especialmente los casos de Subatow, Gapon y Asef (30-63).

(4) DOPFFEL, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des agent provocateur 4 ss., se ha encargado de señalar que falta una configuración expresa de los supuestos que hoy se consideran de agente provocador, tanto en el Derecho Romano, como en el Canónico y en la C.C.C.(5). El ejemplo del servo corrupto, al que alude GAIUS, (Instit., 3,198), que motivó viva polémica con Justiniano (véase Contardo FERRINI, en Enciclopedia del Diritto Italiano (Pessina), I, Milano, 1905, 80) y que se acostumbra a citar como de agente provocador, sólo parcialmente se le puede considerar representativo del problema, pues en realidad lo que plantean las fuentes romanas es una cuestión de consentimiento...

2.- El motivo por el cual llega al Derecho Penal el término, se debe al contenido criminal que subyace por lo común en las acciones promovidas por un agente provocador que obra en el entorno socio político. Y si en un principio no se toma en cuenta el preciso valor que comporta, con el tiempo la sistemática jurídico penal se sirvió de dicha expresión para acotar conceptualmente aquellos supuestos delictivos que presentan la misma composición estructural que hasta ahora se ha analizado: cuando el agente provocador criminal induce a otro a cometer un delito, o contribuye con actos de autoría o de auxilio, no lo hace con intención de lesionar o poner en peligro el bien jurídico, ni tampoco persiguiendo el interés egoísta que deriva de la realización de todo hecho criminal, sino simplemente con objeto de lograr que el provocado se haga acreedor a una pena. La mecánica instrumental empleada para conseguir la reacción en el sentido deseado, y la estructura contradictoria del comportamiento, es semejante al modelo de agente provocador propio de la acción directa en la lucha política.

Puede bastar lo que hasta ahora se ha expuesto para advertir que la conducta del agente provocador es portadora de un contenido activo orientado a lograr que la persona

..... del ofendido. No obstante se debe reconocer que la forma de actuar del siervo presenta la composición contradictoria que caracteriza la conducta del agente provocador, y por eso supuestos de índole semejante serán examinados en su momento. Cfr. A este respecto DOPFFEL, 24 ss. Arturo DEL GIUDICE, "L'agente provocatore nell'acquisto illecito di cose militari", en Scuola Positiva, 1917, 298 n. 1, cree encontrar un antecedente en el Código de Manú (1300 a. C.) Lib. IX, art. 261-269.

del provocado se haga responsable criminalmente. Y con tal fin, de uno u otro modo, interviene en la comisión del delito, lo que hace que al menos formalmente su conducta sea indicativa de una actividad relevante a efectos penales. De otro modo el análisis del problema excedería el marco propuesto en este estudio. El agente provocador, por tanto, no adopta el papel pasivo del delator o del denunciante; bien es cierto que la experiencia pone al descubierto la dinámica que en no raras ocasiones se opera en el comportamiento de éstos: DOPFFEL advertía, a este respecto, que la distancia que media entre el simple observar, y el pasar directamente a provocar el hecho, sobre todo cuando no hay nada que denunciar o con el fin de ganarse la confianza de los superiores, es sólo de un paso(5). De ahí que en un principio se asociase siempre el

(5) DOPFFEL, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des agent provocateur, 9 s. En el mismo sentido, DEUBERT, Der agent provocateur, 1; BEKZADIAN, Der agent provocateur, 64; JOHANNIEMANN, Die Strafbarkeit des Spitzels, 4. Sobre la distinción entre delator, espía y agente provocador, véase HEILBORN, Der agent provocateur, 10. Si se tiene en cuenta que en nuestro derecho histórico la misión de los delatores, individuos más o menos profesionales, era la de comunicar al Fiscal la noticia de la comisión de un delito, recibiendo en ocasiones como premio parte de la pena pecuniaria que debía pagar el denunciado, cabe suponer que este estímulo fuese aprovechado por no pocos para provocar un hecho criminal, cuando no hubiese nada que denunciar. Sobre el cometido de los delatores, Cfr. Francisco TOMAS Y VALIENTE, El Derecho Penal de la monarquía absoluta (Siglos XVI, XVII, XVIII), Madrid, 1969, 159 ss. Toda disposición que garantice el cobro de un premio por la denuncia (así todavía en la legislación de aduanas, etc.), o la exención de responsabilidad al que delata a sus copartícipes, y los ejemplos han abundado en nuestros Códigos Penales, ofrecen un aliciente tentador para el agente pro...

comportamiento del agente provocador, tanto por razón de su origen como por la frecuencia con que los órganos policiales acuden a sus métodos, con individuos ligados inmediatamente o mediatamente con los poderes públicos. Sin embargo con el transcurso del tiempo, la doctrina jurídica penal ha elaborado una teoría capaz de agrupar sistemáticamente, y a la vez distinguir, un conjunto de supuestos en los que se prescinde tanto de la condición personal del sujeto así como de la clase de hecho provocado(6).

3.- El objeto de este estudio es analizar los presupuestos sobre los que se asienta el comportamiento del agente provocador criminal a fin de extraer, como consecuencia, si es o no posible hacerle responsable criminalmente. De ahí que sólo de forma indirecta guarde relación el tema con el cuestionario que plantea en el Derecho perteneciente al círculo anglosajón la denominada Doctrine of entrap-

.... vocador. Cfr. Luis JIMENEZ DE ASUA y José ANTON ONECA, Derecho penal conforme al Código de 1928, Madrid, 1929, 193 s., quienes al hacer alusión al art. 47 párrafos 2 y 3 del Código penal de 1928 comentan que "queda por este precepto legalizada la conducta del agente provocador"(194).

(6) La doctrina acepta de forma unánime que bajo la denominación agente provocador entran tanto las actividades promovidas por los órganos de la policía o del Estado, como las de un particular. Cfr. a este respecto, DOPFFEL, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des agent provocateur, 3; HEILBORN, Der agent provocateur, 4; JOHANNIEMANN, Die Strafbarkeit des Spitzels, 39. En la doctrina italiana sirva señalar, por todos, la opinión de Tullio DELOGU, "La responsabilità penale dell'agente provocatore", en Studi Sassaresi, 1938, 20. Véanse además las Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 1973 (A. 786) y la de 14 de junio de 1975 (A. 2873), donde se mantiene el mismo criterio.

ment(7). Es más, en rigor tal doctrina se ocupa del reverso del problema del agente provocador: no trata de determinar la posible responsabilidad de éste, sino de precisar en qué circunstancias el provocado debe quedar exento de pena al haber actuado bajo la presión y ascendiente de un funcionario público. En este sentido HONIG indica que la magistratura de los Estados Unidos limita los casos de entrapment a aquellos en los que "un funcionario despierta en otra persona la idea de cometer un delito", cuya ejecución no se habría llevado a cabo sin la intervención de aquél(8). El punto de discusión se centra en la determinación de las fronteras entre lo permitido y lo reprobable a efectos penales. Según STEMPEL la jurisprudencia USA solamente permite la intervención de la policía suministrando una ocasión para delinquir, cuando consta que el sujeto ya está de antemano decidido a cometer el hecho criminal; en otro caso, excluye la posibilidad de hacer responsable criminalmente al provocado al haber actuado bajo la presión de un funcionario de policía(9). El tema tiene una indudable conexión con la doctrina elaborada por nuestro Tribunal

(7) Cfr. Richard HONIG, "Das amerikanische Strafrecht" en Das ausländisches Strafrecht der Gegenwart, IV, Berlin, 1962, 203 ss.; LÜDERSSEN, "Verbrechensprophylaxe durch Verbrechensprovokation?", 355 s.; Jochen STEMPEL, Der Lockspitzel im amerikanischen Recht, unter besonderer Berücksichtigung der "Doctrine of entrapment", Bonner Dissertation, Bonn, 1958, passim.

(8) HONIG, "Das amerikanische Strafrecht", 203 s.

(9) Cfr. STEMPEL, (Der Lockspitzel im amerikanischen Recht), en Jahrbuch der Dissertation, vol. 6, Bonn, 1958, 53 s.

Supremo para supuestos semejantes. Bajo la denominación delito provocado se da entrada a todos los casos en los que el hecho ha sido suscitado a instancias de un funcionario de policía con el fin de desenmascarar a un delincuente, o toda una trama criminal. Y al igual que hace la Doctrine of entrapment, el Tribunal Supremo solamente se plantea la factible responsabilidad criminal del provocado, no así la del policía que actúa con la mecánica propia del agente provocador(10). Puede comprenderse que el examen del tema excede el propósito de estas páginas.

4.- Queda, por consiguiente, limitado el objeto de la presente investigación al problema de la responsabilidad criminal del agente provocador. El primer paso que debe darse es el de delimitar conceptualmente la figura, debido a la gran confusión que reina en la doctrina. Como sucede en todo análisis, las cuestiones conceptuales no son el punto de mayor trascendencia, aunque sí necesarias como planteamiento inicial, y en buena parte operan como condicionantes de los resultados logrados. En materia de agente provocador se hace más riguroso este principio, e imprescindible su esclarecimiento, cuando se tiene presente que no existe un criterio uniforme sobre lo que deba entenderse conceptualmente por agente provocador.

Afirma KARGE, a este respecto, que metodológicamente

(10) Al final de este estudio se hacen algunas indicaciones sobre la doctrina elaborada por el Tribunal Supremo sobre el delito provocado. Tal es la denominación que también utiliza, entre otros, Luis JIMENEZ DE ASUA, "El 'iter criminis' y la tentativa", en La ley y el delito. Principios de Derecho penal, 4ª ed. México, Buenos Aires, 1963, 469.

sería de dudoso acierto tratar de delimitar en abstracto el concepto y la esencia del agente provocador, para después hacer entrar en este sistema, apriorísticamente concebido, los diferentes supuestos(11). Por eso un planteamiento inverso es el que han seguido no pocos monografistas del problema. HEILBORN, SINGEWALD o JOHANNIEMANN, entre otros, parten de una casuística de supuestos considerados típicos, y del exámen de la misma articulan el concepto tomando como base las notas de común referencia(12). La pureza metodológica de esta segunda orientación, sin embargo, queda en buena medida empañada por el carácter parcial y necesariamente limitado del arranque. Bastaría partir de este o aquel conjunto de casos para llegar a conclusiones diferentes. Por ello he preferido tomar como punto de partida para delimitar el concepto, el modelo de comportamiento que caracteriza al agente provocador que obra con una motivación de índole estrictamente política, tanto por ser en ese campo de relación social donde se forma el binomio significante-significado, como porque así se comprende mejor la estructura contradictoria que subyace en la conducta de todo agente provocador criminal. Un estudio cuidadoso de las primeras alusiones al tema en los textos de la literatura jurídico penal, muestra bien a las claras

(11) Hansjürgen KARGE, Der agent provocateur, Frankfurter Dissertation, Frankfurt am Main, 1969, 11.

(12) Cfr. HEILBORN, Der agent provocateur, 5-9; Hermann SINGEWALD, Der agent provocateur. Ein Beitrag zur Theorie der Teilnahme am Verbrechen, Breslau, 1908, 80-86; JOHANNIEMANN, Die Strafbarkeit des Spitzels, 30-37.

el proceso seguido: primeramente se toma en cuenta la expresión agente provocador con el mismo valor que recibe en el entorno socio político, para después agrupar bajo dicha denominación todos aquellos comportamientos que ofrecen la composición contradictoria a que se ha aludido anteriormente.

Tal estructura de signo contradictorio, de distinto modo -y seguramente que de forma inconsciente- ha sido incorporada por la doctrina penal al concepto de agente provocador criminal. Así para un sector lo que caracteriza al agente provocador es intervenir en la comisión de un delito sin perseguir el interés que su realización como tal comporta, sino con el sólo fin de que el provocado se haga merecedor de una pena. Otros, por el contrario, encuentran el punto de contraste entre el agente provocador y todo otro copartícipe, en la circunstancia de que aquél sólo aspira a que se alcance la tentativa del hecho principal, no así su consumación. Por fin unos terceros fijan la atención en la influencia que inmediata o mediatamente desempeña en el hecho provocado para evitar que progrese hasta la consumación.

Considero que esta forma de enfocar conceptualmente el problema, únicamente toma en cuenta los efectos que por regla general derivan del comportamiento del agente provocador, pero no atiende a las causas que los motivan. Si éste no obra persiguiendo el interés que la verificación del delito reporta, o no quiere que se alcance la consumación, tal cosa se deberá a que su voluntad no aspira a que se produzca el desvalor que fundamenta lo injusto del

delito en cuestión. Pero no bastará una simple voluntad interna de no querer que se produzca la lesión o peligro del bien jurídico, sino que se requiere que sea operativa por haberse adoptado medidas precautorias para que tal no suceda. Sólo de este modo puede decirse que un sujeto carece de voluntad de producir el desvalor que da vida a lo injusto tipificado. La mera existencia de un deseo interno contrario a que sufra menoscabo alguno el bien jurídico, pero sin ninguna manifestación exterior, carecería de relevancia a efectos penales. Por eso estos casos, y aquellos otros en los que el sujeto contribuye efectivamente al ataque del bien jurídico, aunque sólo lo haga para lograr que otro copartícipe se haga acreedor a una pena, no son de agente provocador, sino que deben ser remitidos al régimen general.

5.- La doctrina penal acostumbra a localizar sistemáticamente el tema en el ámbito de la participación criminal, y más precisamente al tratar de la instigación a delinquir. Hoy todavía es un lugar común, en la literatura penal alemana sobre todo, la idea de que el agente provocador propiamente es el instigador que incita a otro a cometer un delito sin querer que éste llegue a consumar el hecho, sino que realice sólo una tentativa(13). En defi-

(13) Cfr. Jürgen BAUMANN, Strafrecht. Allgemeiner Teil, 7ª ed., Bielefeld, 1975, 511; Hermann BLEI, Strafrecht. Allgemeiner Teil, I, Ein Studienbuch, 16ª ed., München, 1975, 250; Eduard DREHER, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 37ª ed. München, 1977, 128 s.; Hans Heinrich JESCHECK, Lehrbuch des Strafrecht. Allgemeiner Teil, 3ª ed., Berlin, 1978, 560; Karl LACKNER, Strafgesetzbuch mit Erläuterungen, 11ª ed., München, 1977, 97. Harro OTTO, Grundkurs Stra-....

nitiva, lo que caracterizaría al agente provocador es que sólo aspira a que el provocado de principio a la ejecución del delito, pero no a que consume el hecho. Planteado en estos términos el tema, la respuesta que la opinión dominante da al preguntarse por su posible responsabilidad criminal es unánime: desde el momento en que la instigación requiere que el dolo del instigador capte la consumación del hecho, y el agente provocador no quiere que se llegue a la consumación, no puede ser castigado como instigador. De esta premisa negativa y parcial, y frecuentemente sin aportar otras argumentaciones, se pasa a dar precipitadas y generales soluciones al problema del agente provocador en su totalidad. No parece aventurado decir que semejante enfoque opera con una tesis en exceso simplificadora que se mueve en la periferia e ignora el verdadero significado del tema. De ahí que una ojeada a las páginas que la doctrina le dedica, induce a pensar que la actuación del agente provocador no presenta dificultad alguna a la dogmática(14).

Frente a esta forma de abordar el problema, cabe oponer las siguientes observaciones: por de pronto se debe

..... frecht. Allgemeiner Strafrechtslehre. Ein Lehrbuch, Berlin, New York, 1976, 267; Erich SAMSON, en Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch. Allgemeiner Teil, (Parágrafos 1-79b), I, 2ª ed., Frankfurt am Main, 1977, 231; Eberhard SCHMIDHAUSER, Strafrecht. Allgemeiner Teil, 2ª ed. Tübingen, 1975, 555 s.; Adolf SCHÖNKE, Horst SCHRÖDER, Peter CRAMER, Strafgesetzbuch Kommentar, 18ª ed., München, 1976, 363; Günter STRATENWERTH, Strafrecht. Allgemeiner Teil, I Die Straftat, 2ª ed. Köln, Berlin, Bonn, München, 1976, 250 s.; Hans WELZEL, Das deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung, 11ª ed. Berlin, 1969, 117; Johannes WESSELS, Strafrecht. Allgemeiner Teil, 6ª ed. Karlsruhe, Heidelberg, 1976, 103.

(14) En el mismo sentido KARGE, Der agent provocateur, 9.

hacer notar el carácter excesivamente simplificador de los planteamientos, así como la abundancia de generalizaciones. En qué casos el agente provocador debe ser castigado y cuándo quedar exento de pena, es una cuestión que no debe abordarse con apriorismos, sino que debe ser el resultado de un análisis que ha de hacerse caso por caso de forma individualizada.

De igual modo tampoco tolera el tema que se limiten las actuaciones del agente provocador a aquellos casos en los que se realiza una conducta de inducción o de instigación. Ya se ha dicho que la expresión agente provocador debe ser entendida como el denominador común bajo el cual se agrupan todos los comportamientos en los que un sujeto, con independencia de su condición personal y del comportamiento que realice, interviene en una infracción criminal sin voluntad de que se alcance el desvalor que fundamenta lo injusto del delito afectado, sino con la sola intención de que su copartícipe se haga responsable criminalmente. Por ello nada cierra el paso a que la actividad provocadora se manifieste a través de un comportamiento de autoría o de participación. Otro tanto cabe decir respecto de los actos preparatorios punibles de forma general (conspiración, proposición y provocación a delinquir), pues desde el momento en que requieren la intervención de varios sujetos (conspiración), o la pretensión de captar la voluntad ajena para que se resuelva a delinquir (proposición y provocación), uno de ellos puede ser un agente provocador. De este modo también tiene un carácter provocador, en la sistemática del Derecho penal, la conducta que en rigor no se presenta como incitadora de un comportamiento ajeno

(como es la inducción), sino que se limita a contribuir en la realización del hecho con actos que cuando menos de forma indiciaria deben ser calificados de autoría, de cooperación necesaria, de complicidad, de conspiración...

6.- Acaba de decirse que por regla general la doctrina hace del problema del agente provocador una cuestión de dolo. Se afirma que éste no puede ser castigado porque carece del dolo de consumir el hecho principal, al no permitir que se llegue a la plena realización de todas las características del tipo. No es éste, sin embargo, el punto de vista que se sigue en estas páginas. Considero que previamente a contemplar si el agente provocador posee un momento volitivo que la sistemática jurídico penal sitúa en el dolo, es preciso comprobar si ya su conducta reúne los requisitos requeridos por el tipo de lo injusto del delito afectado. Por ello, si se llega a la conclusión de que su conducta no fundamenta lo injusto tipificado, la constancia de si obra o no con culpabilidad dolosa (dolo entendido como conocimiento y voluntad de realizar los elementos del tipo a conciencia de su antijuricidad) aparece como ociosa. En definitiva, el problema del agente provocador no es tanto de dolo como de antijuricidad, y lo decisivo es comprobar si su conducta reúne las características sistemáticas y funcionales por virtud de las cuales un comportamiento en el Derecho penal es típicamente antijurídico(15). Así concebido el tema, hay que descartar aquellos

(15) También consideran que el problema jurídico penal del agente provocador no es tanto de dolo como de antijuricidad, KARGE, Der agent provocateur, 9; Hartwig PLATE,

planteamientos que sitúan el problema en su conjunto en el delito putativo, o en el delito aparente(16). Otro tanto cabe decir de aquellos otros enfoques que tratan de resolverlo en el ámbito del delito imposible. Este es, sin embargo, el punto de vista que por lo común se adopta en la doctrina italiana, y que seguramente viene favorecido por la particular regulación que encuentra en el derecho positivo italiano el delito imposible(17). Sin embargo la remisión del problema, en nuestra legislación, al ámbito de la tentativa inidónea, ya sea para castigar al agente provocador con base en el art. 52, como para excluirla por entender que nos hallamos ante una tentativa irreal, encerraría una manifiesta contradicción sistemática. Tanto la tentativa inidónea punible, como incluso la tentativa irreal impune, son portadoras de un momento subjetivo

..... "Zur Strafbarkeit des agent provocateur", en ZStW, 1972, 297, 312; Klaus LÜDERSEN, Zum Strafgrund der Teilnahme, Baden-Baden, 1967, 26.

(16) Cfr. Luis JIMENEZ DE ASUA, "El 'iter criminis' y la tentativa", en La ley y el delito, 469 s.; EL MISMO, Tratado de Derecho Penal, VI, Buenos Aires, 1962, 677; Posteriormente remitiría el tema al marco de la participación criminal; véase a este respecto, Tratado, VII, Buenos Aires, 1970, 713. Críticamente a la inclusión del problema en el delito putativo, Jorge SOSA CHACIN, "El agente provocador y sus derivaciones jurídico penales", en Revista de la Facultad de Derecho. Universidad Católica Andrés Bello. n.1. Caracas 1965-1966, 59 ss. Sobre el delito aparente, véase Alfredo de MARSICO, "Il reato apparente e l'apparenza nella teoria del reato", en Studi in memoria di Arturo Rocco, I, Milano, 1952, 321 ss. Véase además Alessandro MALINVERNI, "L'agente provocatore" en JUS (Milano), 1958, 262 n. 21.

(17) Véase más adelante la exposición que se hace en el Capítulo Quinto.

dirigido a la plena lesión o puesta en peligro de un bien jurídico. Por el contrario, de acuerdo con el planteamiento conceptual del que se parte en este estudio, precisamente lo que caracteriza al agente provocador es la ausencia de voluntad de producir el desvalor que fundamenta lo injusto del hecho afectado por su conducta, y por ello inserta medidas de garantía para evitar que sufra menoscabo alguno el bien jurídico. De ahí que el elemento subjetivo requerido por la tentativa -también presente en la inidónea- sea incompatible con el comportamiento que caracteriza al agente provocador. Por tal motivo frecuentemente incurre la doctrina en la irreductible contradicción sistemática de afirmar que si bien el agente provocador carece de voluntad de consumar el hecho, por el contrario posee voluntad de tentativa: o si se quiere, que si bien carece de voluntad de participar en el desvalor del resultado del hecho principal, sí posee voluntad de participar en el desvalor de la acción que realiza el autor. Tales afirmaciones son insostenibles en la sistemática del Derecho penal. La voluntad de tentativa, previamente implica que el sujeto obra con voluntad dirigida a la plena realización del hecho. Y otro tanto hay que decir con respecto al desvalor de la acción: éste sólo puede fundamentarse cuando va referido a la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico (desvalor del resultado). Por tanto, si el agente provocador ha tomado las medidas de garantía pertinentes para evitar que sufra menoscabo alguno el bien jurídico, o ya su propia conducta no es portadora del desvalor relevante, difícilmente podrá decirse que obra con voluntad de tentativa o aspirando sólo a que se alcance el desvalor de la acción, no del resultado.

7.- Tras estas breves indicaciones de índole conceptual y metodológico, se pasa a exponer en los siguientes capítulos los diferentes problemas que plantea el tema del agente provocador. La oportunidad del estudio viene justificada por una doble consideración: En primer lugar por el aliciente que ofrece la poca atención que le ha de dicado la dogmática del Derecho penal, lo que revierte en que apenas si ha sido elaborado el problema, y en segundo lugar, porque desde el punto de vista de la Política criminal, hoy como ayer, se discute sobre la conveniencia de aceptar o rechazar la intervención de un agente provocador como medio eficaz para combatir cierta criminalidad(18). El incremento constante del tráfico ilegal de estupefacientes, de armas o de pieles, por ejemplo, y las grandes dificultades que presenta su represión, debido a múltiples factores, hace que las modernas técnicas criminalistas se

(18) Cfr. a este respecto Charles BORNET, "La provocation aux délits par des agents de l'autorité" en Revue Pénitenciere et de Droit pénal, 1948, 27 ss.; Jean GRAVEN, "Le probleme de l'agent provocateur" en Melanges Georges Sausser-Hall. Neuchâtel, Paris, 1952, 233 ss.; J. JASTROW, "Lockspitzel und Richter", en JW, n. 16, 1918, 810 s.; LÜDERSEN, "Verbrechensprophylaxe durch Verbrechenprovokation?" 350 s. A favor de la actuación policial con métodos propios del agente provocador se pronunciaron, KATZENSTEIN, "Der agent provocateur", 389: El agente provocador obra "por mandato del Estado, en interés del Orden jurídico e incluso a menudo con peligro de su propia vida". Cómo sentar al agente provocador -se pregunta- en el mismo banquillo que se sienta a un delincuente; Josef KOHLER, Studien aus dem Strafrecht, I, Mannheim, 1890, 122: "Sin detectives y agentes provocadores pienso que la sociedad de los tiempos modernos no podría existir"; EL MISMO, "Angtftung und agent provocateur", en GA, 1908, 4. Por último véase STRATENWERTH, AT, 250, quien llega a afirmar que si no hay ninguna otra vía de lucha contra una determinada....

muestren totalmente incapaces, y que la policía acuda a los métodos propios del agente provocador para poner al descubierto este tipo de infracciones(19). Cada día son más frecuentes las noticias de prensa en las que se indica que agentes de la policía debidamente enmascarados, logran ganarse la confianza de una banda de delincuentes, y a fin de obtener contundentes pruebas de convicción, provocan o intervienen en la comisión de un delito.

Hasta tal punto ha cobrado auge la figura del agente provocador, principalmente actuando a instancias o en connivencia con la policía, que dos Códigos penales de reciente redacción, el de Grecia de 1950 y el de Polonia de 1969, han incluido entre sus preceptos, y consideran punible, todo comportamiento instigador de un delito cuyo único objetivo sea obtener pruebas de convicción contra una persona(20).

..... clase de criminalidad, como el tráfico ilegal de estupefacientes, se dan los presupuestos del estado de necesidad justificante.

(19) Cfr. LUDERSSEN, "Verbrechensprophylaxe durch Verbrechensprovokation?", 351 s.

(20) El Código penal de Grecia de 17 de agosto de 1950 en el art. 46,II indica: Será castigado con la pena señalada al autor rebajada en su mitad, quien dolosamente hace surgir en otro la resolución de cometer un delito con el único fin de sorprenderle en la tentativa o durante la realización de un acto preparatorio punible y con la voluntad de impedir que se llegue a la consumación. Por su parte el Código penal de Polonia de 19 de abril de 1969 en el art. 21 párrafo 3 dice: Lo dispuesto en el párrafo 1 y 2 (exención o atenuación de la pena en caso de haber impedido voluntariamente la ejecución del acto prohibido o haber intentado voluntariamente impedirlo, respectivamente) no es aplicable a quien induce a otro a realizar un acto prohibido con el objetivo de iniciar contra él un proceso criminal.

Un punto de vista inverso adoptó, por el contrario, el Código penal del Uruguay de 1933, al considerar ya impune "el hecho delictuoso provocado por la autoridad para obtener su represión"(21).

No creo que sea acudiendo a la vía legal la forma más ecuánime de zanjar la vieja polémica de si el agente provocador debe o no ser objeto de una pena(22). Quizás de esta forma se incurra en la simplificación de tratar de igual forma a supuestos totalmente diferentes. No debe pasarse por alto, además, que la expresión agente provocador es el denominador común a un conjunto de supuestos donde el sujeto puede obrar, al menos formalmente, como autor, como inductor, como cooperador necesario, etc. Consecuentemente la solución que corresponda a cada supuesto, solamente podrá alumbrarse partiendo de los ^{Pre}supuestos que informan la dogmática del Derecho penal.

Cosa diferente es la consideración ético social que deben merecer las acciones empleadas con gran frecuencia por los medios policiales, en muchas ocasiones constituti

(21) El Código penal de Uruguay de 4 de diciembre de 1933 en el art. 8 dice: No se castiga el hecho jurídicamente lícito, cometido bajo la convicción de ser delictivo, ni el hecho delictuoso provocado por la autoridad para obtener su represión. Queda el juez facultado en tales casos para adoptar medidas de seguridad. Adviértase que de acuerdo con la redacción del precepto, quedaría impune tanto el comportamiento del provocado como el del agente provocador.

(22) Por el contrario se muestran partidarios de una regulación expresa del problema del agente provocador, KOSTER LITZ, L'agent provocateur, 33; TRECHEL, Der Strafgrund der Teilnahme, 102.

vas de auténticas provocaciones a delinquir, para obtener pruebas de convicción. Pero insisto en que no debe ser el Código penal quien aporte la solución de forma general. Seguramente que con LÜDERSSEN pueda decirse que la mejor manera de atajar estas prácticas policiales, es hacer una invocación a los jueces para que rechacen todo medio de prueba en el que haya intervenido un agente provocador(23).

En las líneas que anteceden se ha expuesto a grandes rasgos y de forma muy esquemática el panorama que, tanto desde el punto de vista de la dogmática del Derecho penal, como desde el de la Política criminal, ofrece el problema del agente provocador. El balance que se obtiene es el siguiente: estamos ante una de los temas en donde apenas si existe en la doctrina penal un punto de referencia para articular coherentemente los distintos supuestos. Consecuencia inmediata es la diversidad de opiniones orientadas más a resolver cada caso aisladamente, que a sistematizar el tema en su conjunto. Por ello este estudio habrá conseguido sus propósitos si logra estructurar con una cierta cohesión los diferentes casos de agente provocador a fin

(23) Cfr. LÜDERSSEN, "Verbrechensprophylaxe durch Verbrechensprovokation?" 371. Nuestro Tribunal Supremo, por el contrario, ha aceptado en varias sentencias, como medio de prueba, las actividades de un agente de policía que actuaba como agente provocador (Sentencias de 18 de abril de 1972 (A.1698); 20 de febrero de 1973 (A.786); 14 de junio de 1975 (A.2873). De diferente modo la de 22 de junio de 1950 (A.979) al indicar "que la ley penal (...) no autoriza (...) que el supuesto perjudicado (...) sea quien induzca a la ejecución del atentado contra su propiedad..."; y la de 27 de junio de 1967 (A.3415): "(...) actitudes inductoras, que juegan al margen de toda norma permisiva de investigación legal...". Véase más adelante el Capítulo Quinto.

de obtener un planteamiento uniforme. La solución que cada supuesto deba recibir, no se puede abordar con aprioris mos ni simplificaciones, sino que será fruto de un análisis en donde se han de barajar los distintos principios y presupuestos que informan la dogmática del Derecho penal.

Esta Introducción no puede menos de acabar con el reconocimiento de las Instituciones y de las personas que han hecho posible la tesis doctoral a la que sirve de presentación, pues sin su sostén, su orientación y su aliento el autor hubiera sin duda sucumbido. La Universidad ha sido desde el comienzo al fin el marco de encuadre, primero en Valladolid, donde quien esto escribe, como estudiante, sintió ya entonces una preferencia clara no sólo por el contenido del Derecho penal, sino por la concepción y el método con que allí se impartía; después en Madrid, como Profesor Ayudante de la Complutense, situación que conjuga la doble facultad de proseguir aprendiendo y empezar a enseñar y, sobre todo, hace viable dedicarse con la exclusividad precisa a un trabajo científico exigente de serena y profunda reflexión. Don José María Rodríguez Devesa me señaló varios temas que requerían de un tratamiento específico para llenar lagunas existentes en el desarrollo y en la proyección del Derecho penal, dándome a escoger cualquiera de ellos para que partiendo de los esbozos existentes en la bibliografía, fuera susceptible, si perseveraba, de lograr una contribución más española al acervo de la especialidad.

Fué simplemente mía la elección de El agente provocador, pero a él debo tanto las pautas que había de seguir, así como

el enderezamiento de los primeros pasos para que no se desviaran de la meta perseguida; meta que no era una monografía encerrada en los estrechos límites de sí misma, sino con unos horizontes más amplios, conjugando lo particular con lo general. Cuando la tarea fué avanzando y le pasé en sucesivas entregas los folios que iba redactando, sus comentarios fueron un estímulo sencillamente inestimable, pues me dieron confianza y seguridad en lo que traía entre manos. Como en la Universidad, y en su seno los equipos de trabajo, al lado de los maestros y los directores, están sus discípulos y colaboradores, quien se integra en ellos encuentra el auxilio eficaz de los que comparten afanes. Yo me he beneficiado de las conversaciones y de los comentarios de mis compañeros, siempre dispuestos a buscar donde fuese, y proporcionarme una fotocopia, el artículo de un número raro de esta o aquella revista, a discutir la interpretación o la traducción de cualquier pasaje oscuro, a hallar lógicas correcciones de fondo entre superficiales contradicciones; la lista de nombres sería larga si mencionara a todos con los que estoy en deuda: citaré únicamente a Francisco Bueno Arús, Antonio García-Pablos de Molina, Manuel Gurdíel Sierra, Manuel Gallego Díaz, Clotilde Romero.

Por último voy a aludir a otro motivo de gratitud: un Profesor Ayudante, en las clases prácticas que se le confían, apela, siquiera de vez en cuando, a lo que cree saber mejor y hace referencias a cuestiones que le ocupan y preocupan; cuando yo lo he hecho y los alumnos mostraban ese interés de que entienden y comparten lo que se les comunica, recibía, al advertirlo, una buena dosis de ánimos. Así, merced a un

conjunto de colaboraciones cordiales, objetivas y subjetivas, expresas y tácitas, se consigue avanzar. Percatarse de esas vinculaciones es algo que se pone de relieve cuando se elabora una tesis doctoral. De ahí que me permita recordarlo, aunque haya sido tan lacónicamente.

CAPITULO PRIMERO

PRIMERA PARTE: EL CONCEPTO DE AGENTE PROVOCADOR

I.- Evolución histórica. Primeras alusiones al tema: la estructura contradictoria del comportamiento del agente provocador.

En la Introducción se ha advertido de la necesidad lingüística que en un momento histórico tuvo el Derecho penal de adoptar la expresión agente provocador para dar cabida bajo la misma a diferentes supuestos de codelin-
cuencia que se apartan del modelo común: el elemento que da cohesión a todos ellos es la estructura contradictoria del comportamiento provocador. Por ello el valor semántico de la expresión agente provocador hace referencia no tanto al carácter incitador de una conducta, como al contraste radical existente entre las actividades favorecidas por la acción provocadora y el resultado propuesto. El agente provocador obra siempre persiguiendo un objetivo de signo contrario al que en apariencia aspira, y por ello provoca la comisión de un hecho como medio necesario para conseguir la reacción en el sentido deseado: cuando incita a otro a cometer un delito no lo hace con el fin de lesionar o poner en peligro el bien jurídico afectado, sino con el propósito de que el provocado se haga acreedor a una pena.

Las páginas que siguen tienen puesta la mira en mostrar cómo se produce la incorporación al sistema del Derecho penal del contenido y valor adquirido por la expresión agente provocador en el entorno socio político. Punto de partida van a ser las manifestaciones de los primeros autores que advierten la incidencia del tema en la disciplina penal, y marcan la pauta de su posterior desarrollo(1).

En opinión de KATZENSTEIN estos iniciales esbozos están guiados más por los sentimientos que por el tacto jurídico(2). Tal cosa debe ser considerada como simple reflejo de la conmoción y alarma que producen en la conciencia social de la época las acciones desarrolladas por el agente provocador que obra en el entorno social con una motivación de carácter estrictamente político. De ahí que la polémica surgida sobre la conveniencia de aceptar la figura, primeramente como instrumento útil al poder establecido, y después como medio eficaz para desemascarar a sospechosos de haber cometido un delito, relegue a un segundo plano los intentos de fundamentar y abordar con argumentos jurídico penales la posible incidencia del comportamiento del agente provocador en el ámbito del Derecho

(1) Según JOHANNIEMANN, (Die Strafbarkeit des Spizels, 5 y 45), quien por vez primera plantea en Alemania el problema jurídico penal del agente provocador es Welcker en 1839 con motivo de las discusiones habidas en la comisión encargada de debatir el parágrafo 108 del Proyecto del StGB del Gran Ducado de Baden. Cfr. además, KOHLER, "Zur Lehre von der Anstiftung", 64; HEILBORN, Der agent provocateur, 3.

(2) KATZENSTEIN, "Der agent provocateur", 375. Cfr. Albert KOSTERLITZ, L'agent provocateur, Breslauer Dissertation, Berlin, 1926, 3.

penal(3).

La expresión agente provocador aparece originariamente en los escritos jurídico penales como consecuencia del sustrato delictivo en que por lo común están enmarcadas las acciones promovidas a instancias de un sujeto (agente provocador) que obra con una motivación de carácter estrictamente político. Sólo en una posterior fase, en la que se opera con planteamientos abstractos y generales, se logra independizar al agente provocador criminal del agente provocador político, y se advierte que la expresión adquiere un significado y contenido particulares. La doctrina jurídico penal se encargaría de completar, hasta dotarle de un contenido significativo propio, los componentes conceptuales que individualizan formal y materialmente al agente provocador criminal(4). Se opera de este modo un cambio semántico en el significado de la expresión, como consecuencia de la especialización del contexto en el que se utiliza la misma.

(3) Ferdinand Carl Theodor HEPP, "Zweiter Beitrag zur Lehre von der Teilnahme am Verbrechen", en Archiv des Criminalrechts, N.F., 1848, 306. Con evidente alarde condenatorio este autor exclama: ¡Ay de la justicia penal que se decide por el agente provocador y de las autoridades que se apoyan en tales medios! Cfr. DOPFFEL, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des agent provocateur, 94 ss., donde se hacen una serie de consideraciones de tipo moral y práctico.

(4) KARGE, (Der agent provocateur, 19), justificadamente indica que el significado usual de la expresión agente provocador no se corresponde con el concepto jurídico penal del mismo: quien presta ayuda o participa materialmente en un delito, por ejemplo, no provoca.

Las palabras de BREIDENBACH en los comentarios al Código penal del Gran Ducado de Hesse, pueden servir de exponente del significado que a mediados del siglo XIX adquieren en la realidad social las acciones promovidas por un agent provocateur; es decir, por esa polémica figura, carente aún de expresión autóctona para designarla, cuya patria se fija indefectiblemente, y no sin cierta hipocresía, en Francia(5). BREIDENBACH recoge el valor tradicional de la expresión, desprovisto todavía de su preciso reflejo penal, al aludir a aquellos supuestos en los que se suscitan "artificialmente disturbios" promovidos a instancias del poder constituido, con el objeto de poder adoptar "medidas impracticables en tiempos tranquilos"(6).

En la misma línea conceptual están las observaciones de HEPP, si bien en este autor aparece ya unida a la expresión agente provocador la idea connotativa de un segundo significado: en primer lugar que existe una discordancia entre lo que el sujeto realiza y lo que realmente pretende, y en segundo lugar que no persigue con su conducta provocadora más objetivo inmediato que la denuncia y el castigo de la persona provocada.

HEPP, en 1848, es uno de los primeros en poner de manifiesto sus dudas acerca del comportamiento del agente

(5) Moritz Wilhelm August BREIDENBACH, Commentar über das Grossherzoglich Hessische Strafgesetzbuch, I, 2, Darmstadt, 1844, 276, n. 1, a este respecto indica: "no sólo carecemos de expresión alemana, sino incluso el tema nos es ajeno". Lo que parece excesivo es atribuir al "espíritu francés", como hace JOHANNIEMANN, (Die Strafbarkeit des Spitzels, 1), la "invención" del agente provocador "como medio de prevención policial". En términos semejantes se expresa

provocador, al preguntarse si no debería ser considerado como un instigador de delitos de alta traición "aún cuando no obrase en su propio interés, sino en interés público". HEPP califica a los agentes provocadores como "mercenarios secretos de la policía (agent provocateur)" reclutados y pagados incluso por el propio Estado, "cuya misión consiste en inducir (instigar) a otros a realizar empresas de alta traición o sediciosas para denunciarles ante las autoridades, una vez que les tienen en la red, y así quitárseles de en medio al hacerse acreedores a las penas más graves"(7).

Aunque todavía teñido por el matiz de carácter político, en HEPP aparecen claramente definidos el agente provocador y la persona del provocado, y planteado el tema de

..... DOPFFEL, Die strafrechtsliche Verantwortlichkeit des agent provocateur, 3, cuando escribe: "Como ya se infiere de la denominación, se trata de una creación de la policía francesa". Sobre la provocación política ya en la época del Cardenal Richelieu, y sobre todo en tiempos de Luis XIV con la organización de la policía a las órdenes del Marqués de Argenson, puede consultarse DOPFFEL, 5 s. Frente a estas atribuciones gratuitas, se debe reconocer que la expresión fué acuñada para abarcar conceptualmente los comportamientos portadores de una estructura contradictoria orientada a conseguir la reacción en el sentido deseado, y que algunos -así Enrico CALIFANO, L'agent provocatore, Milano, 1964, 9 n.1- enlazan nada menos que con el pasaje III, 1-7 del Génesis (incitación de la serpiente a comer del árbol prohibido).

(6) BREIDENBACH, Commentar, 275/276, n.1.

(7) HEPP, "Zweiter Beitrag", 305 s. También alude este autor a aquellos otros casos en los que falta toda motivación de carácter político, así el supuesto del funcionario de aduanas sospechoso de cometer irregularidades a quien se incita a realizar una más con el fin de "cogerlo en la trampa".

una posible responsabilidad criminal. El objetivo al que tiende el agente provocador ha variado sustancialmente con respecto a la opinión de BREIDENBACH: en el planteamiento de HEPP, el agente provocador persigue como fin inmediato que el provocado resulte castigado y el medio para conseguirlo consiste en provocar a otro a realizar unos actos contrarios al poder establecido. Ni la motivación que impulsa al agente provocador, ni el fin último pretendido, son tomados en consideración por exceder al concepto.

Los ejemplos expuestos muestran bien a las claras cómo el tema llega al Derecho penal debido al entorno delictivo en que por lo general aparecen las acciones promovidas por el agente provocador político. Este actúa normalmente por mediación del poder, y sus actos van dirigidos en unas ocasiones hacia enemigos políticamente incómodos a los que se trata de comprometer en la realización de acciones con un contenido criminal a la vez que político, y en otras a crear un clima que justifique la adopción de medidas excepcionales(8). Pero el significado de la expresión agente provocador no hace referencia simplemente al carácter incitador de unos actos, sino principalmente al contraste radical entre las actividades favorecidas por éste y el objetivo que de forma inmediata persigue.

Esta estructura contradictoria, que como se ha visto hasta ahora se asocia siempre al comportamiento del agente provocador político, va a servir de punto común de re-

(8) Cfr. LUDERSSEN, "Verbrechensprophylaxe durch Verbrechensprovokation?", 349 s.

ferencia para unificar los distintos supuestos que el problema plantea en el marco específico del Derecho penal. De este modo se hizo necesaria la incorporación al Derecho penal tanto de la ~~expresión~~ expresión como de su inicial significado y valor. Bajo la misma se harían entrar determinados supuestos de codelincuencia que se apartan del modelo común. Y de igual modo que en el contexto socio político, también en el ámbito de nuestra disciplina la expresión agente provocador iba a connotar la presencia de una contradicción entre el objetivo aparentemente perseguido, con la incitación de una conducta criminal ajena, y el verdadero fin propuesto por el provocador.

II.- El planteamiento de Glaser: abstracción del problema.

En opinión de HEILBORN(9), fué GLASER en 1858 quien por vez primera opera con un planteamiento abstracto, y rompe definitivamente con esta exclusiva referencia del comportamiento del agente provocador a los supuestos en los que obra guiado por móviles políticos. GLASER aborda incidentalmente el tema, en un estudio sobre el dolo del instigador, al ocuparse de aquellos casos "que habitualmente reciben en Francia la denominación de agent provocateur"; es decir, al tratar de "quien instiga a otro a perpetrar un delito, tan sólo porque quiere que éste resulte posteriormente convicto y sea castigado"(10).

(9) HEILBORN, Der agent provocateur, 4.

(10) Julius GLASER, "Zur Lehre vom Dolus des Anstifters", II, en Der Gerichtssaal, 1858, 33.

La fórmula de GLASER contiene una síntesis de la estructura contradictoria que hasta ahora veíamos era propia del comportamiento del agente provocador político. El agente provocador criminal, mediante la incitación de acciones delictivas, no persigue ni para sí ni para otro la obtención del resultado gratificador que se supone comporta al delincuente la realización del delito, sino por el contrario lo único que pretende, de modo inmediato, es la denuncia y el castigo de la persona provocada. Bajo una consideración de política criminal habría que decir que el agente provocador, mediante la incitación a cometer acciones criminales, aspira a conseguir la consecuencia lógica de todo delito contemplado desde el punto de vista del legislador. Lo que está claro es que en modo alguno ése es el fin que por lo regular pretende el inductor o el instigador de un hecho delictivo. Esta patente contradicción entre el comportamiento realizado y el objetivo perseguido, es el primer elemento que interesa destacar para entender el problema del agente provocador criminal.

GLASER centra sistemáticamente el tema en la participación criminal, y limita el problema, más que nada por las exigencias del contexto, a los casos en los que el agente provocador despliega una actividad instigadora. Ya es indiferente la condición personal del agente provocador y del provocado, la presencia o ausencia de móviles políticos en la conducta provocadora, y la clase de delito objeto de la provocación. Pasa a ocupar el punto de referencia, demarcador del concepto, el objetivo que de forma inmediata persigue el agente provocador: lograr que el provocado resulte convicto de sus actos criminales y consecuentemente le sea impuesta una pena.

III.- Evolución posterior del concepto: doble forma de enfocar el problema.

La evolución que experimenta posteriormente el concepto, una vez superadas las limitaciones apuntadas, gira en torno a dos formas diferentes de plantear el problema. Ambas coinciden en la localización sistemática del tema en el ámbito de la codelincuencia, pero se separan radicalmente a la hora de analizar con criterios jurídico penales la conducta provocadora. Para la primera alternativa el comportamiento del agente provocador no difiere en nada del que caracteriza a cualquier copartícipe. Lo único que le distingue es que su voluntad persigue un objetivo extratípico al obrar con intención de que otro copartícipe se haga acreedor a una pena. El segundo punto de vista, por el contrario, encuentra profundas diferencias entre el comportamiento de las genuinas categorías de codelincuencia y el del agente provocador.

A.- El comportamiento del agente provocador no difiere del de cualquier otro copartícipe, salvo en el momento psicológico extratípico que persigue.

De acuerdo con este punto de vista, el agente provocador es un simple copartícipe en un delito que contribuye con su conducta a la comisión del mismo. Lo único que le caracteriza es el objetivo que persigue mediante la conducta provocadora. En este sentido DELOGU escribe que: "la manera más simple y al mismo tiempo más útil para poner de relieve la figura, es la de definirla bajo el perfil del interés motor de sus actos"; dicho interés lo constituiría

el deseo de obtener la punición del agente principal. "Esta es la única diferencia, desde el punto de vista subjetivo -continúa DELOGU-, entre el agente provocador y un común concurrente en el delito"(11).

Igualmente en esta dirección se manifiestan las opiniones de GALLI, MALINVERNI o DELL'ANDRO, quienes consideran que el único elemento que define al agente provocador es el fin particular que pretende, esto es, hacer aplicable la sanción penal al provocado(12) KARGE ha sintetizado este pensamiento al definir al agente provocador como "todo autor en sentido amplio que quiere que otro, en base a sus actos, resulte convicto"(13). Por tanto, "lo que caracteriza al agente provocador, -continúa KARGE- es la concentración de la voluntad en un objetivo especial de la acción"(14). Tal objetivo, siempre presente en la conducta de todo agente provocador, KARGE lo sitúa en el deseo de que el provocado resulte convicto de su comportamiento criminal.

(11) DELOGU, "La responsabilità", 20 s.

(12) Leonardo GALLI, "La responsabilità penale dell'agente provocatore" en La Giustizia Penale, 1939, col. 778/779; EL MISMO, "Agente provocatore" en Enciclopedia Forense, I, Milano, 1959, 143; Alessandro MALINVERNI, "Agente provocatore", en Novissimo Digesto Italiano, T.I., 3ª ed., Torino, 1957, 397; EL MISMO, "L'agente provocatore", en JUS (Milano) 1958, p. 258: "por agente provocador se suele entender a quien induce a otro a un delito con el fin de hacerlo castigar". Renato DELL'ANDRO, "Agente provocatore", en Enciclopedia del Diritto, I, 1958, 866. Cfr. además Francesco ANTOLISEI, Manuale di Diritto penale. Parte general, 7ª ed. Milano, 1975, 456; Antonio PLAGIARIO, Principi di Diritto penale. Parte Generale, Milano, 1972, 535 s.

(13) KARGE, Der agent provocateur, 18.

(14) KARGE, Der agent provocateur, 16.

Las formulaciones conceptuales que ponen el acento en el especial momento psicológico presente en los actos provocadores, indirectamente están señalando cómo el agente provocador al centrar su voluntad en la obtención de este objetivo, desatiende otros aspectos volitivos propios de toda conducta criminal. Ya HEPP había adelantado, en este sentido, que el agente provocador no obra persiguiendo el interés egoísta que comunmente comporta al delincuente la ejecución del delito(15). Precisamente BRUSA, y con él CARRARA, MANZINI, CALIFANO, SALAMA, toman en cuenta, como presupuesto para delimitar el concepto de agente provocador, no solamente la concentración de su voluntad en la obtención del castigo del provocado, sino además la ausencia de interés que muestra en la comisión del delito por lo que su realización como tal representa(16). Esto no quiere decir que el agente provocador carezca de voluntad de realización del delito, sino que la ausencia de interés va referida al aspecto utilitario que se supone va unido a la comisión de una infracción criminal. En este sentido se manifiesta BRUSA cuando escribe: "La nota ca-

(15) HEPP, "Zweiter Beitrag", 305 s.

(16) Emilio BRUSA, Saggio di una dottrina generale del reato, Torino, 1884, 395 s.; Francesco CARRARA, Programma del corso di Diritto criminale dettato nella R. Università di Pisa, II, 3ª ed. Lucca, 1875, 471 n.1; Vincenzo MANZINI, Trattato di Diritto penale italiano, II, 4ª ed. Torino, 1961, 529. CALIFANO, L'agente provocatore, 30; EL MISMO, "L'agente provocatore" en Il Foro Penale, col. 418; Maa-moun SALAMA, L'agente provocatore, Milano, 1965, 20. Cfr. Silvio RANIERI, Il concorso di più persone in un reato, 2ª ed. Milano, 1949, 227.

racterística de todo agente provocador sería que instiga a otro al delito, no porque su interés esté en el provecho que naturalmente suele reportar el delito a los que lo cometen o hacen cometer, sino porque el interés de aquél se consigue con el mal que deriva para los propios instigados por haber consumado o intentado el delito"(17). FERRER SAMA, entre nosotros, se acoge a este criterio al definir al agente provocador en los siguientes términos: el "que instiga a otro a la comisión de un delito con un fin distinto del que es propio del delito mismo (v.gr. hacer que el otro sujeto sea detenido, cobrar el premio ofrecido a quien denuncia, etc.)"(18).

En el planteamiento conceptual que se está analizando se sigue un proceso de progresión lógica: el delito provocado aparece como medio para conseguir que el receptor de la provocación se haga acreedor a una pena; el agente provocador quiere la realización del delito y si fuera preciso su consumación a fin de lograr ese objetivo representado. El elemento distintivo, frente a los supuestos convencionales de codelincuencia, para unos consiste en la concentración de la voluntad del agente provocador en la obtención del castigo del provocado, en tanto que otros exigen, además, la ausencia de interés en la perpetración del hecho criminal por lo que representa como tal su comisión. En todo caso, lo que ahora interesa destacar es que la estructura contradictoria que caracteriza a la conducta

(17) BRUSA, Saggio, 396.

(18) Antonio FERRER SAMA, Comentarios al Código penal, I, Murcia, 1946, 88.

del agente provocador, según este primer punto de vista, ha de verse en uno u otro de los aspectos señalados.

B.- El comportamiento del agente provocador difiere sustancialmente del que es propio de todo copartícipe en un delito.

El segundo planteamiento al que se ha aludido, encuentra profundas diferencias entre el comportamiento del agente provocador y el de los supuestos típicos de codeincuencia. GLASER ya señalaba, a este respecto, cómo en determinadas ocasiones la necesidad de establecer una diferencia entre el agente provocador y el genuino instigador es algo "que parece demandar el instinto jurídico"(19).

Por eso se comprende que cuando GEYER o KOHLER definen al agente provocador, sustituyen el verbo anstiftern (instigar) empleado por GLASER, y cargado de un particular sentido técnico en el StGB alemán, por el verbo verleiten (inducir)(20). La inclusión del término instigar

(19) GLASER, "Zur Lehre vom Dolus", 33.

(20) KOHLER, "Zur Lehre von der Anstiftung" 64: "Como es sabido por agente provocador se entiende a quien induce a otro a un acto delictivo para presentar la correspondiente denuncia a fin de que sea castigado". A. GEYER, "Theilnahme Mehrerer an einem Verbrechen und Begünstigung. Parágrafo 13 Über die Strafbarkeit der sogenannten agents provocateurs", en Fr.v. HOLTZENDORF, Handbuch des deutschen Strafrechts, II, Berlin, 1871, 349:"(...) quien induce a otro a un delito sólo para motivar su castigo". Cfr. además HEILBORN, Der agent provocateur, 5.

en el concepto encerraría una manifiesta contradicción, en cuanto que se considera que es esencial a la instigación la voluntad de consumar el delito, voluntad que por definición estos autores excluyen de la conducta del agente provocador. De acuerdo con este parecer, un importante sector de la doctrina penal da entrada a la estructura contradictoria del comportamiento del agente provocador considerando que lo que le caracteriza es carecer de voluntad de consumación. De este modo se limitan las hipótesis propias del agente provocador a aquellos casos en los que un copartícipe sólo quiere que la actividad del provocado alcance el estadio de la tentativa. Ello debido a una doble consideración: en primer lugar, si para alcanzar el objetivo representado -la imposición de una pena al provocado- es suficiente que el hecho sólo progrese hasta la tentativa, el agente provocador no precisa querer la consumación para lograr su propósito. En segundo lugar, y aquí es donde radica la base de este planteamiento, hacer de la finalidad pretendida por el agente provocador el único elemento que le define, no es suficiente para destacar materialmente la particular estructura de la conducta provocadora. Si el agente provocador fuese un simple copartícipe que obra con la intención de que le sea impuesta una pena al provocado, no se ve que exista diferencia alguna con las genuinas formas de codeincuencia. De ahí que se ponga en contraste la conducta provocadora con las específicas categorías de participación criminal, y más concretamente con la instigación o la inducción. El agente provocador, de acuerdo con este planteamiento, ya no es un simple instigador o un inductor que

obra con una particular finalidad, sino que lo característico de él es que su voluntad sólo aspira a que el provocado realice una actividad que no supere el estadio de la tentativa punible. En síntesis: la contradicción existente en la conducta del agente provocador se manifiesta en que su voluntad no persigue la consumación del delito sino ^{en} que solamente capta un principio de ejecución constitutivo de una tentativa.

Fruto de esta interpretación es una corriente, hoy dominante en los penalistas alemanes, según la cual sólo a estos casos de participación criminal alcanza el problema del agente provocador. En opinión de BAUMANN, BLEI, DREHER, FRANK, HIPPEL, JESCHECK, KOHLRAUSCH-LANGE, LACKNER, PETTERS-PREISENDANZ, WACHENFELD, la característica conceptual del agente provocador es que su voluntad solamente capta la realización de una tentativa(21). En este sentido escribe KÜPER: "La terminología hoy habitual cali

(21) Jürgen BAUMANN, Strafrecht. Allgemeiner Teil, 7ª ed. Bielefeld, 1975, 511; Hermann BLEI, Strafrecht. Allgemeiner Teil, I. Ein Studienbuch, 16ª ed. München, 1975, 250; Eduard DREHER, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 37ª ed., München, 1977, 128 s. ; R. FRANK, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, nebst dem Einführungsgesetz, 18ª ed. Tübingen, 1931, 122; Robert HIPPEL, Deutsches Strafrechts. Allgemeiner Teil, II, Berlin, 1930, 464; Hans Heinrich JESCHECK, Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil, 3ª ed. Berlin, 1978, 560; KOHLRAUSCH-LANGE, Strafgesetzbuch mit Erläuterungen und Nebengesetzen, 43ª ed. Berlin, 1961, 175; Karl LACKNER, Strafgesetzbuch mit Erläuterungen, 11ª ed. München, 1977, 97 y 125; PETTERS-PREISENDANZ, Strafgesetzbuch, Berlin, 1971, 168; Friedrich WACHENFELD, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, München, 1914, 205. Cfr. BAUR, Die Anstiftung, 94, Albin ESSER, Strafrecht, II, 2ª ed. München, 1976, 183.

fica de agente provocador a aquel instigador que solamente quiere la tentativa, no la ejecución plena del hecho principal"(22). CUELLO CALON se acoge a este punto de vista al decir que "la instigación a cometer un delito, sin propósito de que el inducido llegue a consumarlo, con el sólo fin de que sea penado (por venganza, por recibir una recompensa, etc.) constituye la actuación del llamado agente provocador"(23).

En la misma línea conceptual están las opiniones de aquellos autores que si bien requieren, como presupuesto, la ausencia de voluntad de consumir el delito, además exigen, de forma expresa, la intervención inmediata o mediata del agente provocador para evitar que el hecho progrese hasta la consumación. Así, GERLAND, H. MAYER, KORN, MAURACH, PLATE, SCHÖNCKE-SCHRÖDER-CRAMER, aprecian como requisito conceptual no solamente la falta de voluntad (dolo) de consumación, sino sobre todo la influencia que el agente provocador va a desempeñar en el hecho provocado para que no llegue a la consumación(24). A este respecto, hace

(22) Wilfried KÜPER, "Der agent provocateur im Strafrecht", en Goltdammer's Archiv, 1974, 321.

(23) Eugenio CUELLO CALON, Derecho penal, I, Parte general, 17ª ed. Barcelona, 1975, 649. Cfr. Enrique GIMBERAT ORDEIG, Delitos cualificados por el resultado y causalidad, Madrid, 1966, 152, n. 115.

(24) Henrich GERLAND, Deutsches Reichsstrafrechts, Berlin y Leipzig, 1922, 150; Hellmuth MAYER, Strafrecht. Allgemeiner Teil, Stuttgart, Berlin, Köln, 1967, 163; Max KORN, Der Vorsatz des Anstifters nach geltendem Recht, insbesondere der agent provocateur und der Anstifter bei error in objecto und aberratio ictus, Göttinger Dissertation, 1902, 24; Reinhart MAURACH, Tratado de Derecho penal. Trad.

un siglo KOHLER ya afirmaba que "la dificultad en la construcción del concepto consiste en que si por una parte el agente provoca la voluntad delictiva o la hace madurar, por otra contrarresta la realización de la intención delictiva o al menos el resultado esperado"(25). De acuerdo con este parecer, DOPFFEL define al agente provocador como "quien instiga, incita, a otro a la comisión de una acción punible para sorprenderle después en la tentativa o durante la ejecución de la misma, a fin de poner de manifiesto su condición de autor y dar lugar a su castigo"(26).

Por último, dentro de esta opinión deben ser incluidos aquellos autores como WELZEL O STRATENWERTH, que si bien no señalan de forma expresa la necesidad de que el agente provocador intervenga para evitar que el hecho alcance la

..... y notas de Juan Córdoba Roda, II, Barcelona, 1962, 372; Hartwig PLATE, "Zur Strafbarkeit des agent provocateur" en, ZStW, 1972, 294: "En la doctrina jurídico penal por agente provocador o Lockspitzel se entiende a quien instiga a otro a realizar una acción punible con el fin de detenerle tras el comienzo de la ejecución de la misma y ponerle a disposición de los órganos penales. Pero en un sentido más amplio se califica también de agente provocador al cómplice que presta sólo ayuda aparente al autor principal -particularmente mediante la proporción de un medio inidóneo- si bien no favorece efectivamente el hecho principal". Adolf SCHÖNKE, Horst SCHRÖDER, Strafgesetzbuch Kommentar, 18ª ed. München, 1976, 363; Cfr. además Erich SAMSON, en Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, I, Allgemeiner Teil, 2ª ed. Frankfurt am Main, 1977, 231; August FINGER, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, I, Berlin, 1904, 351.

(25) KOHLER, "Zur Lehre von der Anstiftung", 64.

(26) DOPFFEL, Die Strafrechtliche Verantwortlichkeit des agent provocateur, 3.

consumación, consideran que es elemento conceptual no sólo la mera voluntad de tentativa sino además que el provocado resulte convicto de sus actos durante la ejecución del delito(27). La expresión überführen werden (resultar convicto), empleada por estos autores, está tan cerca del flagrante delito, que ésta es la interpretación que parece más acertada.

En consecuencia, si de acuerdo con esta segunda forma de plantear el problema conceptual, ambos puntos de vista resaltan la estructura contradictoria del comportamiento del agente provocador haciendo de la simple voluntad de tentativa el requisito que le distingue, el segundo requiere además, de forma expresa, la intervención inmediata o mediata de éste para evitar que el delito progrese hasta la consumación.

IV.- El planteamiento de HEILBORN: el agente provocador carece de voluntad de lesionar materialmente el bien jurídico.

Un planteamiento completamente distinto a los anteriores es el que realiza por vez primera HEILBORN al partir de una casuística de supuestos considerados típicos y centrar la atención, para elaborar el concepto, en la po-

(27) Hans WELZEL, Das deutsche Strafrecht, 11ª ed. Berlin, 1969, 117. Günter STRATENWERTH, Strafrecht, Allgemeiner Teil. Die Straftat, 2ª ed. Köl, Berlin, Bonn, München, 1976, 250.

sición que el agente provocador ocupa en la estructura del hecho provocado. Piensa HEILBORN que el tratamiento que el tema reclama solamente puede ser atendido desplazando el centro de gravedad al examen de cómo quiere el agente provocador que el provocado se haga acreedor a una pena(28). Con este fin parte de cuatro categorías de casos considerados como típicos y del análisis de los mismos llega a la conclusión de que el elemento constante en la conducta del agente provocador es la ausencia de voluntad de lesionar materialmente el bien jurídico afectado: agente provocador es para HEILBORN, "quien determina dolosamente a otro a la comisión de una acción punible, a fin de que le sea impuesta una pena, sin que éste llegue a lesionar materialmente el bien jurídico atacado o puesto en peligro mediante la acción punible"(29). La efectiva lesión del bien jurídico, en contra de los deseos del agente provocador, no hace a éste -precisa HEILBORN- perder tal condición(30). Lo decisivo en opinión de este autor es que inicialmente su voluntad no capta la lesión material del bien jurídico, y

(28) HEILBORN, Der agent provocateur, 5, considera que la fórmula propuesta por GLASER ("Zur Lehre vom Dolus des Anstifters", 33) si bien es concisa, con ella no se puede saber "por qué permanece impune el agente provocador en los casos típicos". En el razonamiento de HEILBORN la confusión del plano conceptual con el de responsabilidad es evidente.

(29) HEILBORN, Der agent provocateur, 9.

(30) HEILBORN, Der agent provocateur, 9. Carece de fundamento el reproche que JOHANNIEMANN (Die Strafbarkeit des Spitzels, 41) hace a HEILBORN pues éste no exige que de hecho no se produzca la lesión material del bien jurídico.

por ello es de capital importancia la clase de delito provocado. De ahí que HEILBORN deduzca el concepto de una serie de supuestos en los que es posible apriorísticamente limitar, con relación a la lesión del bien jurídico, la voluntad del agente provocador.

Al planteamiento de HEILBORN se sumarían otros monografistas del tema. Así, DEUBERT, BEKZADIAN, KOSTERLITZ Y JOHANNIEMANN toman también en consideración una casuística de supuestos típicos para deducir el concepto de los elementos comunes(31). Todos ellos coinciden en que lo característico del comportamiento del agente provocador es que su voluntad no aspira a que se alcance la lesión material del bien jurídico. En este sentido JOHANNIEMANN escribe que el concepto "exige, objetivamente, que la inducción se realice exclusivamente con intención de descubrir un delito, y además, subjetivamente, que el inductor no haya querido en absoluto la lesión material del bien jurídico", sin que afecte al concepto la circunstancia de que ésta de hecho sobrevenga(32).

(31) DEUBERT, (Der agent provocateur, 5.), no da una definición propia, sino que se acoge a la de Heilborn; BEKZADIAN, Der agent provocateur, 70,: "Quien determina dolosamente a otro a la comisión de una acción punible, la favorece dolosamente o de cualquier otro modo se coloca en una relación de causalidad con el resultado, para que le sea impuesta una pena al autor, sin que éste llegue a lesionar materialmente el bien jurídico atacado o puesto en peligro mediante la acción punible"; KOSTERLITZ, L'agent provocateur, 6: "Quien determina dolosamente a otro a cometer una acción punible, para que le sea impuesta una pena, sin que rer una lesión material del bien jurídico amenazado por la acción punible".

(32) JOHANNIEMANN, Die strafbarkeit des Spitzels, 38 s. Define al agente provocador como "quien induce a otro a una

A fin de precisar mejor cual es el punto de vista de todos estos autores, conviene analizar las cuatro categorías de casos típicos de los que HEILBORN o JOHANNIEMANN, dada la similitud de los ejemplos, deducen el concepto(33).

HEILBORN considera que lo principal para delimitar el concepto de agente provocador es dar respuesta a tres preguntas: en primer lugar a qué hace y qué quiere el agente provocador, y después a cómo quiere éste que el provocado se haga acreedor a una pena. HEILBORN contesta diciendo que lo que hace es instigar a otro a cometer un delito y lo que quiere es que le sea impuesta una pena. Pero lo esencial de la conducta provocadora no consiste, precisa HEILBORN, en el comportamiento realizado o en la obtención del objetivo representado, sino en "cómo debe, de acuerdo con la voluntad del agente provocador, hacerse a acreedor a una pena el instigado"(34). Cuatro son a juicio de este autor las posibilidades.

Dentro de la primera hipótesis incluye -siguiendo en este punto a BORCHERT(35)- aquellos supuestos en los que

..... acción punible 1) con la sola intención de que le sea impuesta una pena, 2) pero sin querer la lesión material del bien jurídico atacado o puesto en peligro mediante la acción punible"(40).

(33) JOHANNIEMANN, Die Strafbarkeit des Spitzels, 30-37.

(34) HEILBORN, Der agent provocateur, 5.

(35) Theodor BORCHERT, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Handlungen Dritter insbesondere die Teilnahme am Verbrechen und die mittelbare Täterschaft, Berlin, 1888, 56.

el agente provocador solamente ha proyectado que el instigado realice una tentativa; es decir, cuando ha previsto que los actos del provocado no superen el estadio de la tentativa punible y con ese fin interviene oportunamente para evitar la consumación, o ésta no sobreviene como consecuencia de otras circunstancias que ocasionalmente concurren en el hecho(36).

JOHANNIEMANN, por su parte, introduce en esta primera categoría -al igual que anteriormente lo hiciera SINGEWALD (37)- los supuestos de tentativa cualificada; es decir, aquellos en los que la tentativa de un crimen (Verbrechen) supone, al mismo tiempo, la realización de un delito (Vergehen) consumado constitutivo de una acción punible independiente. Para JOHANNIEMANN esta tentativa cualificada sí es abarcada por la voluntad del agente provocador(38).

La segunda hipótesis la integran aquellos casos en "los que el agente provocador instiga a otro a perpetrar un delito de intención y quiere su consumación(39). Por tal entiende -de acuerdo con KOHLER(40)- aquellas infracciones en las que la mera realización de la conducta descrita, no completa el tipo sino va acompañada de una particular intención o tendencia; esto sucede, ejemplifica HEILBORN, cuando se instiga a realizar un hurto o una falsifi-

(36) HEILBORN, Der agent provocateur, 5/6.

(37) SINGEWALD, Der agent provocateur, 83/84.

(38) JOHANNIEMANN, Die Strafbarkeit des Spitzels, 35.

(39) HEILBORN, Der agent provocateur, 6.

(40) KOHLER, "Zur Lehre von der Anstiftung", 66.

cación de moneda queriendo tanto en uno como en otro caso sólo "la consumación formal" del delito, pues se tiene pre visto intervenir oportunamente para recuperar inmediatamen te lo sustraído, o se va a evitar que la moneda sea puesta en circulación(41).

La tercera hipótesis tiene lugar cuando el agente pro vocador instiga a otro a realizar un "delito de peligro ge neral" y quiere que se produzca su consumación. Delitos de esta especie para HEIL-BORN son aquellas infracciones -de acuerdo con la definición de MERKEL- "cuyos caracte- res generales representan cierto peligro para determina- dos bienes" sin que, no obstante, su peligrosidad tenga re lación con las exigencias seguras y las circunstancias del hecho ejecutado(42). Es decir, nos encontraríamos ante lo que modernamente llamamos un delito de peligro abstracto. Así, por ejemplo, la compraventa de mercancías cuyo tráfi- co está prohibido o restringido, la fabricación de llaves por el cerrajero sin cerciorarse de su destino o legitimidad(43), etc. Tampoco en estos casos, precisa HEILBORN y comparte la idea JOHANNIEMANN, el agente provocador quiere la lesión o peligro del bien jurídico, sino exclusivamente la consumación formal del hecho(44).

(41) HEILBORN, Der agent provocateur, 6.

(42) A.MERKEL, Derecho penal I, trad. Pedro Dorado, Madrid s/f 65 s.

(43) Cfr. HEILBORN, Der agent provocateur, 7.

(44) HEILBORN, Der agent provocateur, 7 s. JOHANNIEMANN, Die Strafbarkeit des Spitzels, 31. Con razón SINGEWALD (Der agent provocateur, 82 s.) precisa que Heilborn está pensando en las infracciones que en la terminología de Bin ding se denominan einfache Delikte. Es más, el propio HEIL BORN hace alusión a los casos en los que "el agente provo- cador induce a otro, no a cometer un delito de intención,

Por fin la cuarta categoría la integran aquellas infracciones en las que el agente provocador "instiga a una acción preparatoria o de participación configurada como un delito sui generis: a un complot de alta traición o a un requerimiento considerado como tal punible". También en estos casos "quiere la consumación de esta acción, pero no más"(45). Expresamente tanto HEILBORN como JOHANNIE MANN aluden a los supuestos previstos en el primitivo párrafo 49a del StGB alemán donde se hacía referencia a los casos de tentativa de instigación sin efecto positivo: tal sucede, por ejemplo, cuando el agente provocador invita a otro a realizar un crimen (Verbrechen) para presentar denuncia de la simple aceptación del requerimiento, o cuando él mismo se ofrece a ejecutarlo para denunciar la aceptación por un tercero de su propuesta criminal(46). En opinión de HEILBORN -criterio que comparten DEUBERT, BEKZADIAN, KOSTERLITZ y JOHANNIEMANN- el elemento que da cohesión a las cuatro categorías, y es común a todas ellas, es que el agente provocador carece de voluntad de lesionar materialmente el bien jurídico afectado cuando incita a otro a cometer un delito con una estructura semejante al

..... sino un delito que con el hecho mismo se consuma sin requerir que se haya proyectado un ulterior resultado"(8).

(45) HEILBORN, Der agent provocateur, 8.

(46) HEILBORN, Der agent provocateur, 8s. JOHANNIEMANN, Die Strafbarkeit des Spitzels, 36.

de las hipótesis examinadas(47). En definitiva, estos au
tores localizan la contradicción presente en el comporta-
miento de todo agente provocador -frente a la conducta del
genuino codelincuente- en la ausencia de voluntad de lesio
nar materialmente el bien jurídico.

V.- El planteamiento de SINGEWALD: el agente provocador y
la teoría de las normas de Binding.

Por último conviene aludir al punto de vista defendi
do por SINGEWALD, debido tanto a la originalidad del plan
teamiento, como a la corrección sistemática de su teoría
sobre el agente provocador.

SINGEWALD toma como punto de partida el pensamiento
desarrollado por BINDING en su teoría de las normas y se
sirve de la misma casuística que HEILBORN para deducir, de
los elementos constantes, el concepto de agente provocador.

Según SINGEWALD la primera categoría de supuestos tí
picos la forman aquellos casos en los que se incita a otro
a realizar una simple tentativa; en el sistema de BINDING
tal cosa sucede cuando se hace surgir en otro la resolu
ción de cometer un delito pero se tiene previsto que no
alcance "el resultado que corona el Verbrechen"(48).

(47) HEILBORN, Der agent provocateur, 9; DEUBERT, Der agent
provocateur, 5; BEKZADIAN, Der agent provocateur, 68 ss.;
KOSTERLITZ, L'agent provocateur, 4 ss.; JOHANNIEMANN, Die
Strafbarkeit des Spitzels, 37.

(48) SINGEWALD, Der agent provocateur, 82. La tentativa,
propiamente dicha, tendría lugar, indica SINGEWALD (81 s.),
cuando la voluntad del sujeto está dirigida al resultado
que corona la categoría Delikt, pero debido a las circuns
tancias que ocasionalmente concurren, y no obstante haber
un principio de ejecución, no se llega al resultado que
completa la categoría Verbrechen.

En los casos de la segunda especie, el agente provocador sólo quiere que sobrevenga la consumación formal del hecho. Por consumación formal habría que entender, precisa SINGEWALD, la consumación del Verbrechen, en tanto que la consumación material tendría lugar con la consumación del Delikt(49). Esto es posible porque determinadas infracciones admiten que la voluntad del sujeto esté orientada a conseguir el resultado que completa la categoría conceptual constituida por el Verbrechen sin que ello implique a la vez, como sucede normalmente, que el propio contenido de voluntad abarque también el resultado del Delikt. Por este motivo, el agente provocador, escribe SINGEWALD, "puede querer más que una tentativa del Verbrechen, y no necesita querer la consumación del Delikt: luego puede querer la consumación del Verbrechen"(50).

La tercera hipótesis está constituida por las infracciones que en la terminología de BINDING se denominan einfache Delikte(51); esto es, aquellas en las que el Delikt se consume con una mera desobediencia sin precisar, como sucede en los qualifizierte Delikte, de un segundo objeto de ataque, es decir, de la lesión o peligro de otro derecho subjetivo o de un bien jurídico(52).

(49) SINGEWALD, Der agent provocateur, 82.

(50) SINGEWALD, Der agent provocateur, 82.

(51) Karl BINDING, Die Normen und ihre Ubertretung, I, 4ª ed. Leipzig, 1922, 327 y 397 ss.

(52) SINGEWALD, Der agent provocateur, 83. Cfr. sobre los denominados qualifizierte Delikte en la terminología de BINDING, Normen, I, 327.

Por último, en la cuarta categoría formulada por HEILBORN, en opinión de SINGEWALD nos encontramos ante meras prohibiciones y por eso estaríamos también en presencia de einfache Delikte(53).

SINGEWALD considera que estas cuatro formas de proceder presentan un punto común: el agente provocador se limita a determinar a otro a contravenir un mandato o una prohibición, pero en ninguno de los casos planteados por HEILBORN quiere la lesión o peligro de otro derecho subjetivo o bien jurídico que no sea esa simple desobediencia; en definitiva, lo que quiere el agente provocador es "una mera desobediencia"(54).

Pero SINGEWALD cree que las cuatro especies formuladas por HEILBORN no agotan el tema, y por ello añade un supuesto más que incluye en la primera de las hipótesis. Tal supuesto lo forman los casos en los que el agente provocador quiere que tenga lugar una tentativa cualificada(55). En el sistema de BINDING nos encontramos ante una tentativa cualificada cuando la acción punible se compone de varias categorías de Delikte y una de ellas prevalece sobre la otra. Se dice, entonces, que una categoría de Delikt es prevaleciente sobre otra que aparece como subordinada, y entre ellas debe mediar una relación de medio a fin(56).

(53) SINGEWALD, Der agent provocateur, 83.

(54) SINGEWALD, Der agent provocateur, 83.

(55) SINGEWALD, Der agent provocateur, 83 s.

(56) SINGEWALD, Der agent provocateur, 83 s. Sobre la tentativa cualificada véase, Karl BINDING, Handbuch des Strafrechts, I, Leipzig, 1885, 563 ss.

Tal sucede, ejemplifica SINGEWALD, cuando se instiga a cometer un delito de robo sin querer que se llegue a tomar la cosa mueble sino sólo que se realicen unas coacciones (57). En tales casos el agente provocador sólo proyecta y quiere, además de la desobediencia al mandato o prohibición, la lesión o puesta en peligro del derecho subjetivo o del bien jurídico de la categoría de Delikt subordinada (bien jurídico protegido en las coacciones), pero no de la categoría de Delikt prevaleciente (bien jurídico protegido en el robo)(58).

En atención a las cuatro especies anteriores, más a ésta relativa a la tentativa cualificada, para SINGEWALD agente provocador es "quien determina a sabiendas y voluntariamente a otro a realizar una acción punible con el propósito de que sea castigado, sin querer la lesión o peligro de un segundo derecho subjetivo o de un bien jurídico (junto al derecho a la obediencia); o bien, sin querer, en aquellos casos en los que la acción punible por el otro perpetrada se componga de varias categorías de Delikt, la lesión o peligro del segundo objeto de ataque, integrado por bienes jurídicos o derechos subjetivos, de la categoría de Delikt prevaleciente"(59).

El tecnicismo de la terminología utilizada por SINGEWALD exige para su correcta interpretación algunas precisiones.

(57) SINGEWALD, Der agent provocateur, 83.

(58) SINGEWALD, Der agent provocateur, 84.

(59) SINGEWALD, Der agent provocateur, 85.

Sabido es que BINDING distingue entre norma y ley penal. Las normas imponen deberes de obediencia de las que se deriva un derecho estatal a exigir su respeto(60). Las acciones que culpablemente contravienen esa norma, y por tanto ese derecho del Estado, BINDING las denomina Delikte (61). La ley penal, por el contrario, otorga al Estado un derecho subjetivo para imponer sanciones criminales. Las acciones contrarias a una norma, cuando son punibles porque suponen la realización de una ley penal, reciben la denominación de Verbrechen(62).

A su vez las normas cumplen su misión de protección del Derecho mediante mandatos y prohibiciones(63). Estas últimas se dividen en prohibiciones de lesión, prohibiciones de peligro y simples prohibiciones(64). La contravención de un mandato o de una simple prohibición, comporta una mera desobediencia. Esto es lo que sucede en los ein-fache Delikte. Sin embargo en aquellas normas en las que se contienen prohibiciones de lesión o de puesta en peligro, además del derecho a la obediencia, objeto de ataque

(60) BINDING, Normen, I, 96 s.; EL MISMO, Handbuch, 182 ss.

(61) BINDING, Normen, I, 299; EL MISMO, Handbuch, 499. Cfr. además, Armin KAUFMANN, Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie. Normlogik und moderne Strafrechtsdogmatik, Göttingen, 1954, 10 y 17 ss.

(62) BINDING, Handbuch, 499 s. Cfr. KAUFMANN, Lebendiges, 30 y 196 ss.

(63) BINDING, Normen, I, 108 ss. Cfr. KAUFMANN, Lebendiges, 8. Ultimamente en este sentido José CEREZO MIR, Curso de Derecho penal español. Parge general I, Introducción, Madrid, 1976, 13.

(64) BINDING, Normen, I, 111 ss. y 122; EL MISMO, Handbuch, 164 ss. Cfr. KAUFMANN, Lebendiges, 8.

propio de toda norma, existe un segundo objeto de ataque constituido por otro derecho subjetivo o por un bien jurídico. A esta especie pertenecen los qualifizierte Delikte (65).

Todavía es preciso hacer otras precisiones conceptuales. Dentro de la categoría Delikt (Gattundelikt), están incluidas la totalidad de las acciones que contravienen una y la misma norma(66). En unos casos el resultado que completa el Delikt se alcanza con la mera desobediencia a la norma. En otros, es preciso que además de esa desobediencia (primer objeto de ataque), se de la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico o de un derecho subjetivo (segundo objeto de ataque). Pero para la categoría Delikt es accidental que exista, además del derecho a la obediencia, un segundo objeto de ataque. En los einfache Delikte sólo tiene lugar la desobediencia a la norma y con ella se completa el resultado del Delikt(67).

Por fin, la categoría conceptual Verbrechen (Gattungsverbrechen) se equipara a la categoría Delikt (Gattundelikt) en cuanto lleva aparejada una pena(68). De este modo el resultado que corona el Delikt, lógicamente coincide con el resultado que completa al Verbrechen, a no ser que como

(65) BINDING, Normen, I, 327 y 397 ss.

(66) BINDING, Normen, I, 190; EL MISMO, Handbuch, 504. Cfr. KAUFMANN, Lebendiges, 30.

(67) BINDING, Normen, I, 327 y 397 ss.

(68) BINDING, Handbuch, 505; EL MISMO, Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts. B.T. I, 2ª ed., Leipzig, 1902, 6. Cfr. KAUFMANN, Lebendiges, 30.

sucede en algunas infracciones -delitos puros de tentativa, delitos mutilados de dos actos y delitos de resultado cor_utado- se considere consumada la categoría Verbrechen antes de que lo sea la categoría Delikt(69).

En suma, de acuerdo con este sistema, según SINGEWALD, el agente provocador al determinar a otro a realizar una acción punible debe hacerlo, primero, con intención de que éste se haga acreedor a una pena, y, en segundo lugar, sin voluntad de lesionar o poner en peligro el segundo objeto de ataque propio de algunas infracciones. Lo que caracteriza al agente provocador es que solamente obra con voluntad de desobediencia a la norma. En los supuestos de tentativa cualificada su voluntad sólo abarca la lesión o peligro de la categoría de Delikt subordinada, pero no la lesión o puesta en peligro de la categoría de Delikt prevaleciente.

Puede darse aquí por concluido el proceso evolutivo del concepto de agente provocador. Más que un balance de los diferentes planteamientos, lo que ahora interesa es realizar una visión crítica del conjunto con el fin de obtener argumentos que nos abran a nuevas vías de análisis de las que deducir, en un segundo momento, los componentes conceptuales de permanente presencia en el proceder del agente provocador. Con este fin se inicia en las siguientes páginas un examen crítico, en primer lugar del plantea

(69) Karl BINDING, Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts. Besonderer Teil, I, 2ª ed. Leipzig, 1902, 9 ss. Binding califica a estos supuestos como inconsecuencias debidas al capricho o la ineptitud (13).

miento conceptual de la opinión dominante, y en segundo término del resto de las elaboraciones conceptuales a que se ha hecho alusión.

VI.- Crítica al planteamiento conceptual de la opinión dominante.

Tal como se ha visto, la opinión dominante toma en consideración dos presupuestos para definir la conducta del agente provocador. En primer lugar exige que la incitación a delinquir se realice con el propósito de que el provocado se haga merecedor de una pena, y en segundo lugar, que la voluntad del agente provocador nada más capte la realización de una tentativa, no así la consumación del hecho principal. En tal sentido PLATE escribe que para la doctrina penal agente provocador o Lockspitzel, "es quien instiga a otro a una acción punible para detenerle tras el comienzo de la ejecución de la misma y ponerle a disposición de los órganos criminales(70). Por tanto el componente conceptual peculiar y constante en todo agente provocador sería que su voluntad sólo abarca la realización de una tentativa. A esta conclusión se llega, bien porque inicialmente cabe decir que el sujeto sólo quiere la tentativa del hecho principal, o porque tiene previsto intervenir para evitar la consumación, etc.

Antes de iniciar el análisis crítico de este parecer,

(70) PLATE, "Zur Strafbarkeit des agent provocateur", 294.

conviene hacer algunas precisiones. Por de pronto, el entendimiento de esta forma de concebir conceptualmente el problema se presta a una falsa interpretación. Por lo común estos planteamientos consideran como forma exclusiva de proceder del agente provocador, la conducta del instigador que determina a otro a cometer un delito sin voluntad de consumar el hecho principal (dolo de consumación), sino persiguiendo como objetivo inmediato que resulte convicto de sus actos y consecuentemente le sea impuesta una pena(71). A este respecto hay que decir que el instigador, como es evidente, no realiza directamente el hecho principal, sino que se limita a hacer surgir en otra persona la resolución criminal, siendo éste quien le lleva a cabo. El grado de desarrollo que el instigador-agente provocador desea que al cance el hecho principal es, de acuerdo con la opinión dominante, el de la tentativa. Siguiendo esta vía de razonamiento, según STRATENWERTH lo que caracteriza precisamente al agente provocador es que "únicamente quiere participar en una tentativa"(72). De la incorrección sistemática y funcional que comporta decir que el instigador sólo quiere la tentativa del hecho principal, me ocupo más adelante. Ahora interesa decir que tampoco es acertado considerar que lo característico del agente provocador es que sólo quiere

(71) Cfr. por todos JESCHECK, AT, 560.

(72) Günter STRATENWERTH, "Der agent provocateur", en MDR, 1953, 117, n. 3. Stratenwerth bajo la expresión agente provocador incluye todos los casos en los que el partícipe de de un principio sólo quiere participar en una tentativa, y ello con independencia de si es un instigador o un auxilia dor así como de los móviles por obra de los cuales actúa.

participar en una tentativa. Desde esta perspectiva podría dar la impresión de que se pretende invertir la posición del partícipe en detrimento del carácter accesorio de la participación. El partícipe, propiamente, se limita a contribuir en el ataque al bien jurídico que realiza el autor principal. Por tanto, su voluntad no puede limitarla a sólo ^{a participar} en una tentativa, sino que participará en el hecho que realice el autor principal y en el grado de desarrollo por él alcanzado. Querer participar en una tentativa, tal como lo plantea STRATENWERTH, no pasa de ser un mero deseo que por no depender de la voluntad del partícipe carece de relevancia a efectos penales(73). Por ello el momento volitivo que es preciso analizar, en atención a consideraciones de orden sistemático, no es el relativo a lo que el agente provocador prefiere o desea que haga el provocado, sino que lo decisivo es comprobar lo que él mismo hace y quiere con relación al correspondiente tipo de delito afectado por la conducta provocadora. Cuando el agente provocador induce o instiga a otro a cometer un delito, habrá que examinar su voluntad tomando como punto de referencia el precepto que conmina con una pena inducir a otro a delinquir, no los deseos o apetencias de cómo debe actuar el inducido.

Estas consideraciones se ven en cierto modo contradictorias si se incluye, como elemento conceptual, el propósito de sorprender al provocado durante la realización del hecho, tal como veíamos requiere de modo expreso parte de la opi-

(73) Cfr. RODRIGUEZ DEVESA, Derecho penal español, Parte general, 393.

nión dominante(74). No obstante, tampoco parece correcto decir que el agente provocador sólo quiere participar en una tentativa, o lo que es lo mismo, sólo posee voluntad de tentativa. Por otra parte, de este modo, el centro de gravedad ha sido desplazado a un momento posterior. La característica definidora de la conducta provocadora no vendría ya dada por una mera voluntad de tentativa, sino por la posterior intervención del agente provocador para evitar que el hecho progrese hasta la consumación. Pero en cualquier caso, como inmediatamente se verá, incluso en los casos en los que el agente provocador piensa intervenir oportunamente para evitar que el hecho progrese hasta la consumación, sólo de manera muy forzada, y desde luego sin base dogmática alguna, podrá decirse que obra con voluntad de tentativa, no de consumación.

Por ello hay que adelantar que si bien puede aceptarse que el agente provocador carece de voluntad de consumación, en modo alguno es correcto decir que por el mismo motivo sólo quiere la tentativa del hecho principal. Negar que el agente provocador quiera la consumación, no implica aceptar que sólo quiera la tentativa. La dogmática del Derecho penal rechaza, por incurrirse en una contradicción sistemática irreductible, la existencia de un momento volitivo dirigido únicamente a producir una tentativa de delito. La opinión de BINDING en el sentido de que cabía imaginar un dolo de tentativa, por ejemplo cuando alguien realiza un hecho a prueba "por si merece la pena continuar hasta la consumación"

(74) Véase atrás p. 45 ss.

hoy no la sostiene nadie(75). La tentativa, y lo mismo hay que decir de la frustración, requieren con respecto al resultado la misma dirección volitiva que la consumación. Esta precisión, predominantemente aceptada por la doctrina cuando se pone en conexión con el comportamiento del autor principal(76), es preciso, según se verá, extenderla también al resto de los copartícipes. Por tal motivo entiendo que la opinión dominante incurre en una grave contradicción cuando afirma que al agente provocador lo que le caracteriza es que sólo quiere la tentativa del hecho principal. Hay que insistir en que rechazar que el agente provocador no quiera la consumación del delito, no implica aceptar que obre sólo con voluntad de tentativa. Ciertamente que por intervención del agente provocado en no pocas ocasiones el delito va a permanecer en el estadio de la tentativa, pero no por ello puede decirse, en la sistemática jurídico penal, que sólo

(75) BINDING, Normen, II, 2, 2ª ed. Leipzig, 1916, 873: "Es perfectamente posible que el autor comience, digamos a prueba, la tentativa del delito por si merece la pena continuar hasta la consumación, y con la intención de desistir en el caso de que compruebe que no es oportuno".

(76) Cfr. RODRIGUEZ DE VESA, Derecho penal español. Parte general, 653 ss.; José CEREZO MIR, Lo objetivo y lo subjetivo en la tentativa, Valladolid, 1964, 9: "En la tentativa de delito la voluntad ha de ir dirigida a la realización de un delito; es decir, a la realización de los elementos objetivos de un tipo"; RODRIGUEZ MOURULLO, en Comentarios, I al interpretar el art. 3 del Código penal distingue, en el plano subjetivo, tanto para la tentativa (95) como para la frustración (124), entre intención de consumar el hecho (elemento subjetivo de lo injusto desprovisto de la conciencia de la antijuricidad) y malicia que incluye en la culpabilidad; CORDOBA RODA, Notas, II, 190 n 8. En la literatura alemana baste citar a RUDOLPHI, en Systematischer Kommentar I, 184 s.; WESSELS, AT, 108.

obra con voluntad de tentativa. Cuando la opinión dominante hace de la supuesta voluntad de tentativa el elemento que define la conducta del agente provocador, está confundiendo el plano conceptual con el plano de la responsabilidad.

Debe quedar bien claro que no es posible ni siquiera con respecto al partícipe en sentido propio (inductor, auxiliador necesario, cómplice), afirmar que sólo obra con voluntad de tentativa. Por eso el argumento esgrimido por HEILBORN, en el sentido de que el partícipe no precisa querer lo mismo que quiere el autor principal, puede conducir a una falsa interpretación(77). Es cierto que el partícipe puede querer mediante la realización del delito algo distinto de lo que quiere el autor principal, pues es inaceptable pretender una voluntad uniforme para todos los que concurren en el mismo. Pero esta consideración plural de la voluntad de cada uno de los que intervienen en una infracción criminal, no admite llevarla hasta el extremo, y extraer la consecuencia, de que el partícipe puede obrar con voluntad de tentativa. La voluntad de cada uno de los que intervienen en un delito no se debe comparar entre sí, sino medir con relación a las exigencias sistemáticas y funcionales

(77) Cfr. HEILBORN, Der agent provocateur, 85 ss. "El instigador —indica Heilborn— no sólo hace, sino también quiere algo distinto al autor; por lo menos no tiene que querer lo mismo"(85). Cfr. además Ludig von BAR, Gesetz und Schuld im Strafrecht, II. Die Schuld nach dem Gesetze, Berlin, 1907, 622. Véase también Martín FINCKE, Das Verhältnis des Allgemeinen zum Besonderen Teil des Strafrechts, Berlin, 1975, 64, quien con razón rechaza que la tentativa del hecho principal pueda ser considerada como la consumación de la participación.

requeridas por el tipo afectado. Por este motivo interesa ahora poner de manifiesto que en la sistemática del Derecho penal es imprescindible que el partícipe obre con voluntad de consumación para poder decir que quiere la tentativa del hecho principal.

Los tipos de la parte especial en principio sólo cominan con una pena la total realización del hecho (consumación) por el autor en sentido propio, es decir, por aquel cuya conducta es directamente subsumible en el precepto. Tanto las disposiciones relativas a la tentativa como a la frustración, por un lado, así como los tipos que prevén conductas de participación en sentido estricto, por otro, cumplen la función de extender la pena a comportamientos no descritos de forma expresa en la parte especial del Código penal (78). Partiendo de esta idea KÜPER se ha encargado de demostrar que la relación funcional existente entre tipo de delito, tipo de tentativa y tipo de instigación, conduce necesariamente a exigir que también el instigador -y más ampliamente al partícipe en general- debe obrar con la misma dirección volitiva que se requiere en el autor(79). En definitiva, que también el partícipe debe querer, para poder fundamentar en él una voluntad de tentativa, la consumación del delito. Por este motivo cuando se dice lo que caracteriza al agente provocador es que su voluntad sólo capta la tentativa del hecho principal, se incurre en la contradicción sistemática irreductible.

(78) Cfr. Max Ernst MAYER, Der Allgemeine Teil des deutschen Strafrechts 2ª ed. Heildel berg, 1923, 341; STRATEN-WERTH, AT, 240 s.

(79) KÜPER, "Der agent provocateur im Strafrecht", 331 s.

Anteriormente se ha dicho que la doctrina mayoritaria mente acepta que para poder fundamentar en el autor una voluntad de tentativa, necesariamente debe haber querido la consumación del delito. Por ello con CEREZO se puede decir que "el tipo de la tentativa de delito resulta de la integración del precepto general del párrafo 3.º del art. 3.º con el precepto que regula el delito que el autor quiere realizar"(80).

El precepto de la tentativa amplia, por tanto, como indica KUPER, la parte objetiva del tipo de delito, es decir, el modo de realizar el ataque contra el bien jurídico, sin embargo el fin o dirección del ataque permanece inalterado (81). Esto quiere decir que para poder hablar, con respecto al autor, de una voluntad de tentativa, es necesario que haya querido consumir el delito. A continuación se examina si esta conclusión debe hacerse extensible también a los partícipes en sentido estricto.

Como precisa KUPER, la relación funcional existente entre instigación y tipo de delito es más compleja que la que existe con respecto al autor. Ello es debido a que el tipo de la instigación -y de modo más amplio los tipos de participación en general- tiene por misión ampliar la punición a los ataques al bien jurídico que se realizan a través del autor, lo que forzosamente acarrea una modificación

(80) CEREZO, Lo objetivo y lo subjetivo en la tentativa, 25.

(81) KUPER, "Der agent provocateur im Strafrecht", 331.

en el aspecto subjetivo del tipo de delito. Pero advierte KUPER que "la intención de resultado propuesta en el tipo de delito no resulta afectada", siendo, en consecuencia, la misma tanto para el autor principal como para el instigador(82). A éste se le puede imponer una pena -y lo mismo hay que decir de todo otro partícipe en sentido estricto- porque mediatamente ha lesionado o puesto en peligro el bien jurídico protegido en el tipo de delito(83). Por tanto, si por razón de las exigencias funcionales existentes entre el tipo de delito y el tipo correspondiente de participación, el partícipe necesita obrar con la misma dirección volitiva que el autor principal con respecto al bien jurídico, cuando se establece la relación existente entre tipo de participación y tipo de tentativa, hay que llegar a la misma conclusión que se llegó con la relación al autor: para poder fundamentar en el partícipe una voluntad de tentativa, necesariamente debe querer la consumación del delito.

En consecuencia, no está justificado decir, como corrientemente hace la opinión dominante, que lo característico en la voluntad del agente provocador es que sólo abarca la realización de una tentativa. Si no quiere la consumación del delito, por el mismo motivo tampoco podrá querer la tentativa en cuanto que ambas implican la misma dirección volitiva. Ciertamente que la opinión dominante es consciente de que una simple voluntad de tentativa es insuficiente para fundamentar la pena. Sin embargo ahora lo que

(82) KUPER "Der agent provocateur im Strafrecht", 331.

(83) KUPER, "Der agent provocateur im Strafrecht", 331.

estamos contemplando no es la posible responsabilidad criminal del agente provocador, si-no los presupuestos conceptuales que le definan. Por ello cuando se dice que lo proprio del agente provocador es que sólo quiere la realización de una tentativa, o que el autor principal realice una tentativa, se están introduciendo en el concepto cuestiones que propiamente deben ser tratadas a la hora de preguntarse por su posible responsabilidad. Al mismo tiempo se está obrando con una gran incorrección sistemática, pues insisto en que para poder decir que un sujeto, ya sea autor o partícipe, obra con voluntad de tentativa, previamente hay que demostrar que quiere la consumación del delito. Y si el agente provocador no quiere más que el provocado proceda a realizar un principio de ejecución constitutivo de una tentativa, para poder afirmar que su voluntad capta la realización de ésta, es preciso, por exigencias de la sistemática del Derecho penal, que al tiempo capte la consumación del delito.

Distinto, aunque con grandes puntos en común con la opinión dominante, es el planteamiento conceptual de RUDOLPHI. Para este autor "lo característico del agente provocador es que su voluntad no está dirigida a la consumación del hecho principal, sino que determina al autor a una tentativa, es decir, a la realización de un desvalor de acción"(84).

Tampoco el punto de vista mantenido por RUDOLPHI convence totalmente. Por ello conviene hacer algunas puntua-

(84) Hans Joachin RUDOLPHI, "Inhalt und Funktion des Handlungsunwertes in Rahmen des personalen Unrechtslehre" en Fest. f. Maurach, Karlsruhe, 1972, 66. Cfr. EL MISMO, "Strafbarkeit der Beteiligung an den Trunkenheitsdelikten im Strafenverkehr", en GA, 1970, 364.

lizaciones a la idea de que la voluntad del agente provoca sólo capta la realización, a través de la persona del provocado, de un desvalor de acción.

Es sabido que la dogmática jurídico penal moderna, por influjo sobre todo de la doctrina de lo injusto personal, considera que lo injusto material no se agota en la mera lesión o puesta en peligro del bien jurídico (desvalor del resultado), sino que exige comprobar también el modo y forma en que tiene lugar la acción contraria al bien jurídico (desvalor de la acción)(85). Desde esta perspectiva la tentativa se caracteriza por la falta del desvalor del resultado, al no existir más que un desvalor de acción, y éste por sí mismo es bastante para fundamentar lo injusto penalmente relevante de la misma. Hechas estas precisiones, de las líneas transcritas de RUDOLPHI se podría obtener una falsa imagen sobre el concepto de agente provocador. En primer lugar hay que decir que la posibilidad de suscitar en otro la resolución de producir un desvalor de acción, desvinculada del desvalor del resultado, es algo difícil de imaginar. Pues incluso quien instiga conscientemente a otro a realizar una acción constitutiva de una tentativa inidónea, seguramente que también provoca en el instigado la resolución de producir un desvalor, aunque imposible, de resultado(86). En segundo lugar tampoco parece acertado decir que la voluntad del agente provocador sólo capta

(85) Cfr. Hans WELZEL, El nuevo sistema del Derecho penal. Una introducción a la teoría de la acción finalista. Trad. y notas de José Cerezo, Barcelona, 1964, 67 s.; Gonzalo RODRIGUEZ MOURILLO, Derecho Penal. Parte general, I, Madrid, 1977, 23 s. y 331 ss.

(86) Cfr. Miguel POLAINO NAVARRETE, El bien jurídico en el Derecho penal, Sevilla, 1974, 331.

la producción, a través del autor, de un desvalor de acción. O lo que es lo mismo, que la voluntad del agente provocador no capta la producción del desvalor del resultado, pero sí la producción del desvalor de la acción. Entiendo que este planteamiento conceptual no puede ser acogido porque, en rigor, presupuesto esencial para poder fundamentar una voluntad dirigida a producir un desvalor de acción ha de ser que al tiempo esa misma voluntad capte la producción del desvalor del resultado. Las objeciones que comunmente se han hecho a WELZEL al construir su teoría de lo injusto (personal) polarizando excesivamente la atención en el desvalor de la acción, en detrimento del bien jurídico, están también presentes en el punto de vista que se está rechazando(87).

Cosa distinta es que el agente provocador no desee que los actos del provocado ocasionen un desvalor de resultado; sin embargo, este contenido de voluntad limitado a lo que se prefiere que otra persona haga, carece de relevancia a efectos penales. La voluntad del agente provocador hay que referirla a lo que él mismo hace y quiere, y ponerla en conexión con las exigencias sistemáticas y funcionales del tipo de delito afectado por la conducta provocadora.

Por consiguiente, si la voluntad del agente provocador no abarca la producción, a través del provocado, del desvalor del resultado (lesión o peligro del bien jurídico),

(87) Cfr. MAURACH, Tratado, I, 264; Juan CORDOBA RODA, Una nueva concepción del delito. La doctrina finalista, Barcelona, 1963, 53; José CEREZO MIR, Notas, en WELZEL, El nuevo sistema del Derecho penal, 44 n. 10. RODRIGUEZ MOURU LLO, Derecho penal, I, 23 s. y 331 ss.

no es posible fundamentar una voluntad dirigida a producir un desvalor de acción. Con razón CEREZO ha advertido que el desvalor de la acción "sólo puede fundamentarse en referencia a la lesión del bien jurídico, es decir, al desvalor del resultado"(88). Y RODRIGUEZ MOURULLO, en el mismo sentido, con plena corrección indica que el "desvalor de acción cumple una función selectiva (destaca como particularmente intolerables determinadas lesiones o puestas en peligro de bienes jurídicos) y sólo cobra significación jurídico-penal en la medida en que va referido a la creación de riesgos o lesiones de bienes jurídicos"(89). Ciertamente que a RUDOLPHI no se le pasa por alto que una simple voluntad de desvalor de acción es insuficiente para fundamentar lo injusto en la participación, pues de ser bastante el objeto de protección pasaría a ser la persona del autor principal(90); sin embargo ahora no nos estamos planteando un problema de responsabilidad, sino tratando de definir los componentes conceptuales del comportamiento provocador. Y desde esta perspectiva se incurre en una grave contradicción sistemática cuando se dice que lo característico del agente provocador es que su voluntad sólo abarca la realización, a través del autor, de un desvalor de acción. Si el agente provocador no quiere la producción de un desvalor de resultado, por el mismo motivo no puede querer tampoco la producción de un desvalor de acción en cuanto que éste sólo es

(88) CEREZO MIR, Notas, en WELZEL, El nuevo sistema del Derecho penal, 44 n. 10.

(89) RODRIGUEZ MOURULLO, Derecho penal, I, 336.

(90) RUDOLPHI, "Inhalt und Funktion des Handlungsunwertes", 66.

posible fundamentarlo refiriéndolo a la lesión o puesta en peligro del bien jurídico afectado (desvalor del resultado).

En suma, la alternativa que cabe plantear es la siguiente: o se acepta que la voluntad del agente provocador capta la consumación del delito y lógicamente la tentativa en cuanto que ésta implica la misma dirección volitiva que aquélla, o por el contrario se admite que no quiere la consumación y consecuentemente tampoco la tentativa. Lo que no encuentra justificación es decir, como hace la opinión dominante, que la voluntad del agente provocador sólo abarca la realización, a través del provocado, de una tentativa, o afirmar como hace RUDOLPHI, que la voluntad del agente provocador nada más capta la realización de un desvalor de acción.

VII.- Crítica al planteamiento conceptual que hace del momento psicológico extratípico el requisito que define al agente provocador.

La primera de las alternativas formuladas ha sido seguida por un amplio sector de la doctrina, tal como se vió en su momento(91). De acuerdo con este parecer, el comportamiento del agente provocador solamente difiere del de cualquier otro copartícipe en el momento volitivo extratípico que persigue: con su intervención en el delito no persigue más que la persona del provocado se haga acreedor a una pena. Por este motivo KARGE no tiene inconveniente en

(91) Véase atrás p. 39 ss.

decir que para poder alcanzar el fin de su acción, con frecuencia el agente provocador debe querer, a través del autor, la consumación del delito. Y añade: "En muchos casos el agente provocador sólo logra, con certeza que el autor resulte convicto mediante la lesión consumada de la ley"(92).

Para esta teoría el delito provocado es, por tanto, un puro y simple medio para lograr el objetivo propuesto: la punición del provocado. No hay reparo alguno en afirmar que el agente provocador quiere la consumación del delito, si a través de la misma obtiene el fin que le distingue. Ninguna otra característica define al agente provocador.

A mi modo de ver esta teoría desconoce el fundamento y la esencia del comportamiento del agente provocador. Si la simple apreciación de una voluntad dirigida a conseguir la punición del provocado fuese suficiente para individualizar conceptualmente al agente provocador, no veo que haya motivo alguno para segregar del régimen general el problema. Lo cierto es, sin embargo, que incluso los autores que sostienen este parecer, centran después la atención no en los casos en los que el agente provocador quiere la consumación, sino precisamente en aquellos otros en los que cabe decir que su voluntad no capta la consumación por haber previsto la evitación del resultado, o por encontrarnos ante un episodio de tentativa inidónea, etc.(93).

(92) KARGE, Der agent provocateur, 17.

(93) Cfr. KARGE, Der agent provocateur, 19 ss.; CALIFANO, L'agente provocatore, 53 ss.; SALAMA, L'agente provocatore, 66 ss.

Esta teoría se muestra incapaz de señalar la estructura del comportamiento provocador. Hacer del momento psicológico extratípico el único elemento que define al agente provocador, es quedarse en la periferia del problema. Cuando se repara la atención en el fin que persigue, todo lo más que se logra es establecer una diferencia puramente formal y sin trascendencia alguna, con los supuestos convencionales de codelincuencia; pero no se consigue poner de relieve las diferencias de orden material presentes en la conducta provocadora. No sin razón escribe DELL'ANDRO que ya antes de cualquier consideración jurídica, la estructura del hecho en el que interviene un agente provocador se muestra ante la conciencia social de forma diferente a como aparece la participación delictiva en general(94).

En consecuencia, pienso que el propósito de obtener la punición del provocado, si bien debe ser tenido en cuenta como presupuesto conceptual, por sí sólo es insuficiente para caracterizar al agente provocador.

VIII.- Crítica al planteamiento conceptual de HEILBORN.

HEILBORN, y lo mismo hay que decir de DEUBERT, BEZKADIAN, KOSTERLITZ y JOHANNIEMANN, consideran que lo peculiar en la conducta del agente provocador es la ausencia de voluntad de lesionar materialmente el bien jurídico(95).

La metodología que siguen estos autores para llegar a

(94) DELL'ANDRO, "Agente provocatore", 865.

(95) Véase atrás p.48 ss.

este resultado consiste en partir de una casuística, y del exámen de la misma obtienen las características constantes en el comportamiento del agente provocador. Por de pronto este proceso metodológico se presta a serios reparos. Cier_tamente que como indica KARGE el concepto y la esencia del agente provocador no se puede determinar abstractamente, con la pretensión de hacer entrar después en este sistema los supuestos fácticos(96). Sin embargo el procedimiento inverso, consistente en partir de una casuística de casos típicos, no siempre es de gran pureza metodológica. Basta seleccionar apriorísticamente los casos de los que se ar_ranca, para llegar a conclusiones diferentes. Por otro la_do el carácter parcial, y necesariamente limitado, del aba_nico de supuestos, se deja sentir de forma negativa a la hora de intentar ofrecer un cuadro coherente y sistematizado del problema conceptual.

Tal es, sin embargo, la forma de enfocar por estos auto_res el planteamiento conceptual. En opinión de todos ellos al agente provocador le caracteriza, en primer lugar, el propósito de lograr la punición del provocado, y, en segun_do lugar, la ausencia de voluntad de lesionar materialmen_te el bien jurídico afectado por la conducta provocadora. ¿Qué se ha de entender por ausencia de voluntad de lesio_nar materialmente un bien jurídico? La distinta naturale_za y heterogeneidad de la casuística aducida por HEILBORN, aconseja analizar las cuatro categorías de casos típicos de los que parte.

En opinión de HEILBORN y de süss seguidores, cabe decir

(96) KARGE, Der agent provocateur, 11.

que un sujeto carece de voluntad de lesionar materialmente un bien jurídico en las siguientes ocasiones:

- 1.- Cuando se obra con voluntad de tentativa porque se ha previsto la evitación del resultado, o con curren otras circunstancias que de igual forma im piden que el hecho progrese hasta la consumación.
- 2.- Cuando sólo se quiere la consumación formal del delito.
- 3.- Cuando se incita a cometer un delito de peligro y se ha previsto la evitación de todo riesgo.
- 4.- Cuando se incita a otro a realizar un comportamiento considerado en cuanto tal punible, sin precisar de un ulterior resultado (delitos de simple actividad, en general)(97).

En todos estos casos cabría decir que el agente provo cador no quiere lesionar materialmente el bien jurídico afectado. Sólo quiere la lesión formal del mismo. Es decir, su voluntad capta la realización formal del comportamiento del sujeto, pero no la lesión del bien jurídico.

Pero adviértase que en la concepción de HEILBORN no se equipara la lesión formal del bien jurídico con antijuricidad formal, es decir con una simple contradicción de la conducta con la ley; o la lesión material con antijuricidad material, o lo que es lo mismo, con la forma y manera de realizar el ataque (desvalor de la acción) por un la do, y la lesión o puesta en peligro del bien jurídico (desvalor del resultado), por otro. Ambas cuestiones, están en un plano sistemático diferente.

(97) Véase atrás. p. 51 ss.

En cambio sí que es posible establecer una evidente conexión entre la formulación de HEILBORN y el planteamiento de la opinión dominante. Lo que para HEILBORN significa una lesión formal del bien jurídico, para la sistemática del Derecho penal actual supone un desvalor de acción, y de igual modo, la lesión material del bien jurídico se equipara al desvalor del resultado. Por eso, las observaciones que anteriormente se han realizado, de nuevo ahora cobran relieve: entiendo que no es posible fundamentar una voluntad orientada solamente a lesionar formalmente un bien jurídico (desvalor de la acción), si al mismo tiempo no aspira a lesionarlo materialmente (desvalor del resultado).

Por otra parte, en el planteamiento de HEILBORN se atribuye a la lesión material del bien jurídico un significado en exceso naturalístico. A este respecto importa decir que los bienes jurídicos, en rigor, no son susceptibles de ser lesionados materialmente. Los bienes jurídicos, contemplados en su dimensión estática, son valores ideales pertenecientes al orden social de los que deriva una pretensión de respeto(98); o si se quiere, desde un punto de vista dinámico les cumple la misión de ser unidades de función social portadoras de un valor(99). Pero en todo caso, los bienes jurídicos no son objetos atacables del mundo real, de ahí que la relación que cabe establecer entre el comportamiento

(98) Cfr. JESCHECK, AT, 206; Eberhard SCHMIDHAUSER, Strafrecht. Allgemeiner Teil, 2ª ed., Tübingen 1975, 37; Angel TORIO, "La estructura típica del delito de coacción", en Anuario de Derecho penal y Ciencias penales, 1977, 32; RODRIGUEZ MOURULLO, Derecho penal, I, 18 ss. y 276.

(99) Cfr. RUDOLPHI, en Systematischer Kommentar, I, 4.

típico y el bien jurídico sea de tipo ideal(100). Por ello sólo en un sentido naturalístico -y en cierto modo impropio- cabe decir que el bien jurídico resulta menoscabado o destruido. El efecto que produce en el bien jurídico la conducta del sujeto ha de valorarse con otros criterios. La sistemática del Derecho penal dispone para ello de otros instrumentos conceptuales como son el valor que se atribuye a la lesión o peligro del bien jurídico, a la consumación, a la consumación formal, a la tentativa, a la frustración, etc.

Un análisis de los supuestos típicos de los que HEILBORN deduce el concepto, presenta acusadas inconsecuencias sistemáticas. Con relación a los casos planteados en la primera categoría, ya se ha advertido en reiteradas ocasiones que no es posible fundamentar una voluntad de tentativa fuera de un comportamiento que no aspire, a la vez, a la consumación del delito. Con respecto a los supuestos de la segunda categoría más adelante se verá cómo la consumación material, técnicamente significativa ya la lesión del bien jurídico, pues de otro modo no cabría distinguirla de la frustración, la cual sólo comporta un peligro para el bien jurídico(101). Por ello para poder decir que la voluntad del agente provocador capta la consumación formal, requisito previo es que quiera, al tiempo, la consumación material. Por el mismo motivo que no es posible desvincular la voluntad de tentativa de la voluntad de consumación, el agente provocador tampoco puede limitar su voluntad a querer sólo la consumación formal.

(100) JESCHECK, AT, 208.

(101) Véase más adelante p. 412.

Por lo que respecta a los casos de la tercera especie, hay que decir lo siguiente: para la teoría de lo injusto, la puesta en peligro de un bien jurídico, en los delitos de peligro, origina un juicio de desvalor semejante al que tiene lugar con la lesión del bien jurídico, en los delitos de lesión. Por eso si el agente provocador ha previsto la evitación del peligro, difícilmente puede decirse que aspira a una lesión formal del bien jurídico. En realidad en tal caso ni quiere la lesión formal ni tampoco la lesión material. O lo que es lo mismo, al no aspirar a lesionar materialmente el bien jurídico, tampoco quiere la lesión formal del mismo. Por ello, tampoco en los delitos de peligro cabe desvincular la voluntad dirigida a producir el desvalor del resultado, de la voluntad que aspira al desvalor de la acción. Ciertamente que el desvalor del resultado puede faltar, en el caso concreto, permaneciendo únicamente un desvalor de acción. Pero el desvalor de acción no es posible fundamentarlo sino va referido a la puesta en peligro del bien jurídico. Y si se dice que el agente provocador previamente tiene tomadas las medidas para evitar el peligro, su voluntad no aspira a la producción de éste y por consiguiente tampoco hay base alguna para fundamentar el desvalor de acción.

Por último, en la cuarta categoría propuesta por HEILBORN, nos encontramos ante supuestos de delitos de simple actividad (tanto de lesión como de peligro), y de nuevo el agente provocador sólo quiere una lesión formal del bien jurídico. A este respecto hay que insistir en que si el agente provocador ha previsto la evitación de la lesión o

peligro del bien jurídico, no obstante permitir que tenga lugar la acción u omisión que sin más da vida a esta especie de infracciones, tampoco es posible apreciar en él una voluntad jurídico penalmente relevante dirigida a producir solamente esa supuesta lesión formal. No se puede olvidar que también en los delitos de simple actividad la dualidad lógica existente entre el comportamiento, y la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, es algo que no ofrece dudas. Por este motivo si el agente provocador ha previsto la evitación de todo riesgo al bien jurídico, como en efecto sucede, la mera adecuación formal de su conducta al tipo de simple actividad (acción u omisión) no es bastante para fundamentar lo injusto. De ahí que también con respecto a los delitos de simple actividad sea posible configurar situaciones en las que interviene un agente provocador y no obstante quepa decir que no quiere que se produzca el desvalor que da vida a lo injusto tipificado.

Finalmente, de lo que no cabe duda es de que en modo alguno se puede identificar la pretendida lesión material del bien jurídico con la incidencia física o la causación nociva de carácter material propia de algunas infracciones. Esta última se produce, de tener lugar, sobre el objeto material del delito, es decir, sobre el sustrato físico en el que recae la acción del sujeto y que es privativo de ciertos delitos(102). Pero la lesión del bien jurídico, o su puesta

(102) Cfr. RODRIGUEZ DEVESA, Derecho penal español. Parte general, 335; POLAINO, El bien jurídico, 81; CEREZO, Curso de Derecho penal español, 12; RODRIGUEZ MOURULLO, Derecho penal, I, 275 ss.

en peligro, tiene lugar tanto en los delitos con objeto material como en aquellos que carecen de él(103).

IX.- Crítica al planteamiento conceptual de SINGEWALD.

La teoría de las normas de BINDING se encuentra en inmejorables condiciones de ofrecer un planteamiento coherente del problema conceptual del agente provocador tal como es formulado por SINGEWALD. Ello es debido tanto a la distinción que BINDING establece entre Delikt y Verbrechen, como a la independencia que ambas especies tienen, como categorías sistemáticas, en la teoría de las normas(104). Si lo que caracteriza al agente provocador es que su voluntad nada más abarca la desobediencia de la norma, pero no la lesión o peligro del bien jurídico, es evidente que la construcción del concepto y el posterior desarrollo del problema es de una absoluta coherencia. Y lo es, porque en el sistema de BINDING es posible distinguir entre contravención de la norma y lesión o puesta en peligro del bien jurídico. SINGEWALD para dar cabida a los supuestos de tentativa cualificada, que a su juicio deben formar parte de la casuística propia del agente provocador, recurre al ex-

(103) Modernamente suele diferenciar la doctrina el objeto material (sustrato físico) del objeto de la acción, que "no precisa ser una cosa corporal, tangible o material -INDICATORIO ("La estructura típica", 32)- sino aquella realidad en que fácticamente incide la acción". Cfr. a este respecto JESCHECK, AT, 186, 203; STRATENWERT, AT, 79 ss.

(104) Véase atrás p. 59 ss.

pediente de considerar que la voluntad de éste solamente capta la lesión o puesta en peligro del bien jurídico de la categoría Delikt subordinada, pero no de la categoría Delikt prevaleciente(105).

No obstante la corrección sistemática que pueda haber en este último razonamiento, si nos atenemos a la formulación y desarrollo de la teoría de BINDING, es evidente la contradicción que existe entre estos casos y aquellos otros en los que el agente provocador sólo quiere la desobediencia de la norma; se dice pura y simplemente lo contrario. De ser requisito conceptual la mera voluntad de desobediencia a la norma, se pasa a admitir la posibilidad de que la voluntad provocadora se extienda y capte la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, que aunque aparezca como subordinada en el Delikt no por ello pierde su condición. Tal cosa significa que de acuerdo con el ejemplo al que acude SINGEWALD, en el delito de robo, si bien el agente provocador no quiere la lesión del bien jurídico propiedad, su voluntad si que capta la lesión del bien jurídico de las coacciones(106). En definitiva, de ser así, el comportamiento del agente provocador ya no vendría caracterizado, en todo caso, por la simple voluntad de desobediencia a la norma.

Puede comprenderse que no es este el lugar adecuado para hacer una ponderación crítica de toda la teoría de las normas de BINDING(107). Baste decir que para poder aceptar

(105) SINGEWALD, Der agent provocateur, 83 ss.

(106) SINGEWALD, Der agent provocateur, 84.

(107) Puede consultarse la obra de KAUFMANN, Lebendiges, passim.

el planteamiento de SINGEWALD independientemente de estar de acuerdo con el sistema de las normas, habría que admitir que la voluntad de desobediencia a la norma no conlleva, al tiempo, una voluntad contraria al bien jurídico. Por otra parte el excesivo analismo del que peca la obra de BINDING se deja sentir de forma negativa a la hora de valorar el componente volitivo de la conducta criminal. Parece difícil poder separar en el plano fáctico un momento volitivo orientado a contravenir la norma, que al mismo tiempo no incida en la lesión o puesta en peligro del bien jurídico. Ciertamente que bajo un aspecto harto formalista se puede separar la voluntad contraria a la norma de la voluntad que aspira a lesionar o poner en peligro el bien jurídico. Pero lo que no se ve es que esa diferenciación sistemática pueda ser operativa y fructífera a la hora de contemplar si el comportamiento del agente provocador aspira o no a lesionar el bien jurídico. Por ello parece que en plano de la realidad, toda lesión de la norma implica, a la vez, la lesión o puesta en peligro del bien jurídico. De este modo la construcción de SINGEWALD queda muy entredicho cuando se la analiza fuera del sistema de BINDING. Con RODRIGUEZ MOURULLO habría que decir que la "acción es antijurídica porque contradice una norma jurídica (antijuricidad formal) y porque, en tanto la contradice, lesiona o pone en peligro los bienes protegidos por la norma (antijuricidad material)"(108).

(108) RODRIGUEZ MOURULLO, Derecho penal, I, 321.

X.- Presupuestos para delimitar el concepto de agente provocador.

La idea de la vinculación del Derecho a la naturaleza de las cosas se encuentra arraigada desde antiguo en el pensamiento del jurista(109). Este no puede prescindir de la realidad social en la que el hombre se desenvuelve, ni ignorar el sentido que en su seno adquieren las relaciones humanas, a menos que se quiera convertir al Derecho en un instrumento artificioso al servicio de la especulación mental(110). De ahí que se haya venido insistiendo a lo largo del primer capítulo en la conveniencia de partir, metodológicamente, del modelo de agente provocador que obra con una motivación de carácter político, primero porque es en este campo de relación social donde el binomio significante-significado adquiere su contenido semántico(111); en segundo lugar porque la contemplación del modo de proceder del agente provocador en el entorno donde se formó la expresión, ayuda a comprender mejor la estructura contradic-

(109) Cfr. José CEREZO MIR, "La naturaleza de las cosas y su relevancia jurídica", en RGLJ, 1961 (separata), 3 ss. Incluso se ha llegado a decir que el legislador se encuentra vinculado a determinadas estructuras lógico objetivas inmanentes al objeto de regulación del que trata.

(110) Cfr. Karl LARENZ, Metodología de la Ciencia del Derecho, Trad. Enrique Gimbernát Ordeig, Barcelona, 1966, 321.

(111) La importante función que el lenguaje desempeña en el Derecho no le puede pasar por alto al jurista. Puede consultarse, a este respecto, la interesante polémica mantenida entre Karl ENGISCH (Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit, 1953, 120 ss.) y Hans WELZEL (Recensión a la obra citada, en ZStW, 1957, 634 s.), a propósito del binomio significante-significado.

toria que caracteriza su comportamiento. La expresión agente provocador hace alusión, por tanto, no solamente al ejercicio de una actividad incitadora o a la creación de una situación que determine a otro a obrar, sino sobre todo a la presencia de una contradicción lógica entre los actos exteriorizados y el objetivo perseguido. La noción de agente provocador se caracteriza de este modo con anterioridad a toda valoración jurídica, por el carácter contradictorio de la conducta provocadora. El agente provocador persigue un fin de signo inverso al objetivo que aparentemente es pretendido por la conducta provocadora: cuando suscita unos actos contrarios al poder establecido lo hace con el fin de fortalecerlo, pues los actos subversivos desencadenados justificarán la adopción de medidas excepcionales.

Una mecánica instrumental semejante es la que se observa en el comportamiento del agente provocador criminal.

De distinta manera ha sido incorporada por la literatura penal, según se vió en el proceso evolutivo del concepto, esta estructura que subyace también en los actos del agente provocador criminal. Así, para unos, la contradicción lógica apuntada se encuentra en la ausencia de interés que el agente provocador muestra en la realización del delito por lo que como tal su comisión representa. De acuerdo con este punto de vista, no persigue el interés utilitario que se supone deriva a todo sujeto la ejecución del delito. El agente provocador su interés lo tendría puesto, simplemente, en lograr que el provocado se hiciese acreedor a una pena. El delito es, para esta teoría, un medio para conseguir ese fin. Por eso no tiene inconveniente en acep

tar que el agente provocador también puede querer la consumación del hecho, sin con ello logra su objetivo. Por el contrario otro sector doctrinal incorpora en el sistema penal la estructura contradictoria, haciendo de la mera voluntad de tentativa el requisito que le define. El agente provocador se diferencia de todo otro copartícipe, de este modo, no sólo porque persigue la punición de otra persona, sino principalmente porque su voluntad no capta más que la realización, a través del provocado, de una tentativa. O con otras palabras, el agente provocador no quiere que tenga lugar el desvalor del resultado, pero sí el desvalor de la acción del delito afectado por su conducta. Por fin unos terceros, encuentran la contradicción señalada en la falta de voluntad de lesionar materialmente el bien jurídico afectado por la conducta provocadora.

Anteriormente se han rechazado estos planteamientos conceptuales debido a las inconsecuencias sistemáticas que ofrecen. Además en los mismos puede observarse una confusión del plano conceptual con el plano relativo a la responsabilidad criminal. Una cosa es destacar los elementos permanentes en toda conducta provocadora, y otra totalmente distinta la emisión de un juicio sobre el carácter típicamente antijurídico y culpable del comportamiento provocador.

Hechas estas observaciones, en las siguientes páginas se pasa a elaborar el concepto tomado como punto de partida el carácter contradictorio a que he aludido.

La estructura de la conducta del agente provocador presenta una composición compleja de cuyo análisis se derivan un conjunto de consecuencias con un importante alcance en la dogmática del Derecho penal. Ahora interesa destacar, para delimitar el concepto, los distintos momentos de la conducta provocadora. En una posterior fase, al hacer el análisis de la responsabilidad criminal, se verá el reflejo de los mismos a la luz de la teoría general del delito.

El contenido de la voluntad del agente provocador debe ser estudiado, con el fin de precisar el esquema conceptual, desde una doble perspectiva: con referencia a las exigencias dogmáticas de todo tipo de delito y con relación al objetivo extratípico perseguido.

A.- La voluntad del agente provocador persigue un objetivo situado más allá de los relevantes para el tipo: quiere que el provocado se haga responsable criminalmente.

Por lo que respecta al segundo de los presupuestos, la conducta provocadora se inserta en la empresa criminal -obra en principio del agente provocador y del sujeto provocado- suscitando una actividad delictiva o contribuyendo materialmente a la ejecución del hecho. Aparentemente en nada se diferencia su proceder, en este primer estadio del análisis, externa y formalmente contemplado, del proceder de cualquier otro copartícipe(112). Más adelante se exami

(112) En igual sentido DELL'ANDRO, "Agente provocatore", 865: "En el plano objetivo de la participación eventual, la figura del agente provocador no sería digna de la más mínima consideración(...)".

nará si debe o no ser objeto de una reprobación penal por haber contribuido, a título de autor o de partícipe, a lesionar o poner en peligro el bien jurídico, así como si reune los presupuestos necesarios para considerarle culpable.

Pero la propia conducta provocadora no sólo debe ser estudiada desde este ángulo dogmático penal. También es preciso analizarla desde otra perspectiva, debido a que un momento psicológico cuyo reflejo externo es la obtención de un objetivo situado más allá de los relevantes para el tipo, va a servir para determinar el primer elemento conceptual. Esta reflexión aconseja contemplar, de forma muy somera, la psicogénesis del acto humano.

La psicología enseña que en la evolución dinámica del psiquismo de todo acto humano existen distintos momentos que si bien actúan conjuntamente, son susceptibles de ser diferenciados nocionalmente. No obstante este es uno de los puntos en donde la doctrina jurídico penal en general, y los monografistas del tema en particular, más se resiente de falta de precisión técnica: indistintamente se alude a los fines, objetivos, móviles, motivos, tomando a unos por otros(113). De ahí la conveniencia de hacer algunas precisiones de índole conceptual.

(113) Así por ejemplo, DELL'ANDRO, "Agente provocatore", 865, toma al móvil del agente provocador por el fin que persigue (obtener la punición del provocado) y a su vez lo equipara al dolo específico (866). El dolo genérico estaría representado por la voluntad de participar en el hecho. Cfr. SALAMA, L'agente provocatore, 19. Correctamente, KARGE, Der agent provocateur, 16 s.

El objetivo o el fin (inmediato) perseguido por el acto humano es siempre de naturaleza consciente, y consiste en la representación de un resultado(114). A través de este objetivo inmediato, se alcanza el objetivo final, conceptualmente distinto al primero. Entre uno y otro existe una relación de medio a fin.

Diferente a la noción de objetivo es la de móvil. El móvil o los móviles por obra de los cuales actúa un sujeto son la causa psíquica del acto humano (pasión, venganza, odio...), y lo que les diferencia fundamentalmente de la noción de objetivo (inmediato), es el carácter afectivo que poseen. En consecuencia, los móviles son psíquicamente más profundos que los objetivos o fines (inmediatos) y por ello están más próximos al núcleo de la personalidad del individuo. Dentro de los móviles hay que distinguir, a su vez, los conscientes de los inconscientes. Los primeros, en cuanto que son portadores de un elemento noético que contiene una representación, pueden coincidir parcialmente con el objetivo final. Coincidirán, precisamente, en la representación del resultado final, que es común a ambos. Pero difieren en la carga afectiva que comporta todo móvil y de la que está privada el objetivo final(115).

(114) Alice YOTOPOULOS-MARANGOPOULOS, Les mobiles du délit. Etude de criminologie et de droit pénal suisse et comparé, Paris, 1974, 23 ss. y 103 ss. Alessandro MALINVERNI, Scopo e movente nel diritto penale. Torino, 1955, 20 ss. Cfr. JESCHECK, AT, 238; STRATENWERTH, AT, 113.

(115) YOTOPOULOS-MARANGOPOULOS, Les mobiles du délit, 23 ss. Cfr. RODRIGUEZ DEVESA, Derecho penal español. Parte general, 611; MALINVERNI, Scopo e movente, 21 s., 35 y 67.

Con YOTOPOULOS-MARANGOPOULOS, en suma, se puede decir que "las nociones de móvil y de objetivo, tanto intermediario como final, son diferentes. El objetivo directo o intermediario no coincide nunca ni en aspecto alguno con el móvil; por lo que respecta al objetivo final, puede coincidir en parte con el móvil, es decir, sólo en cuanto al contenido de la representación de una modificación exterior más o menos lejana, a condición de que el móvil sea consciente"(116).

Distinta, a su vez, es la noción de motivo. YOTOPOULOS-MARANGOPOULOS indica a este respecto que si bien la palabra motivo es sinónimo de móvil, entre ambas cabe establecer una diferencia conceptual. Mientras el móvil requiere un estado afectivo que impulsa a actuar, el motivo implica un empuje hacia una acción más o menos reflexiva, sin que ello quiera decir que el factor afectivo está ausente del motivo. Lo que se quiere poner de relieve es que la presencia de un factor consciente es siempre necesario en el motivo, en tanto que puede estar ausente (móviles inconscientes) en el móvil. Por fin el motivo último guarda conexión -continúa- con el último estímulo externo: es la gota que colma el vaso(117).

Unos y otros estados psíquicos, se entremezclan, se gradúan, y sirven, advierte MALINVERNI, de medios para la consecución de otros fines los cuales, a su vez, aparecen como eslabones en la trayectoria total de la vida de un sujeto (118).

(116) YOTOPOULOS-MARANGOPOULOS, Les mobiles du délit, 26.

(117) YOTOPOULOS-MARANGOPOULOS, Les mobiles du délit, 28.

(118) MALINVERNI, "Agente provocatore", 264; EL MISMO, Scopo e movente, 25.

Una vez hechas estas precisiones terminológicas, referidas al comportamiento del agente provocador nos descubren que el contenido volitivo de la conducta provocadora ofrece, en primer término, la constante y uniforme presencia de un momento psicológico orientado a lograr un objetivo, siempre el mismo, situado más allá de los que son relevantes en el tipo: el agente provocador al intervenir de uno u otro modo en la realización de un delito, lo que perwigues es que la persona del provocado se haga responsable criminalmente. La consecución de este objetivo inmediato es el primer elemento que define a la conducta provocadora. Por el contrario el móvil o los móviles por virtud de los cuales se decide a provocar un delito, o el motivo que le impulsa a actuar, podrán o no ser conscientes, pero en todo caso son inidentificables apriorísticamente, al variar de un sujeto a otro, y por tanto sin relevancia para ser tomados como elemento conceptual de referencia. Tal como se ha dicho, los móviles, si son conscientes, podrán coincidir parcialmente con el objetivo final, y de hecho muchas veces así sucederá. Coincidirán en la representación y logro del mismo resultado último, que si por un lado es el objetivo final, a la vez es uno de los móviles conscientes que operan como causa psíquica del acto provocador.

Por lo que respecta a la individualización del objetivo inmediato perseguido por el agente provocador, apriorísticamente reconocible, desde GLASER(119) se viene diciendo, y este es el criterio seguido por WELZEL, STRATENWERT o KARGE, que consiste en lograr que el provocado resulte convicto

(119) GLASER, "Zur Lehre vom Dolus", 33.

de sus actos, lo que, a su vez, servirá de medio para que sea castigado(120). Debe advertirse que el propósito de sorprender al provocado durante la ejecución del hecho -aspecto destacado por DOPFFEL, KORN, H.MAYER, GERLAND, MAURACH, PLATE- propiamente no debe ser computado como objetivo que define al agente provocador(121). Este propósito todo lo más es simple reflejo del presupuesto conceptual que se examina en el próximo apartado.

Otros autores, así HEILBORN, BEKZADIAN, KOSTERLITZ, SINGEWALD, JOHANNIEMANN, KOHLER, DELOGU, MALINVERNI, DELL'ANDRO, SALAMA, CUELLO, fijan la atención sólo en la consecuencia inmediata de la conducta criminal desarrollada por el provocado, esto es, la punición del mismo(122). El objetivo inmediato representado por el agente provocador es lograr que le sea impuesta una pena al provocado.

Por mi parte pienso que está más de acuerdo con la denotación semántica del término provocación, y su doble pro-

(120) WELZEL, Das deutsche Strafrecht, 117; STRATENWERTH, AT, 250; KARGE, Der agent provocateur, 17 s.

(121) Cfr. DOPFFEL, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des agents provocateur 3; KORN, Der Vorsatz des Anstifters, 24; H. MAYER, Strafrecht. AT (1967), 163; GERLAND, Deutsches Reichsstrafrechts, 150; MAURACH, Tratado, II, 372; PLATE, "Zur Strafbarkeit des agent provocateur", 294.

(122) Cfr. HEILBORN, Der agent provocateur, 9; BEKZADIAN, Der agent provocateur, 70; KOSTERLITZ, L'agent provocateur, 6; SINGEWALD, Der agent provocateur, 85; JOHANNIEMANN, Die Strafbarkeit des Spitzeles, 40; KOHLER, "Zur Lehre von der Anstiftung", 64; DELOGU, "La responsabilità", 20; MALINVERNI, "L'agente provocatore", 258; DELL'ANDRO, "Agente provocatore", 864 s.; SALAMA, L'agente provocatore, 20; CUELLO CALON, Derecho penal. Parte general, 649.

yeción referida tanto hacia el sujeto provocado como hacia el hecho criminal, considerar que el fin inmediato perseguido por el agente provocador es la obtención del siguiente resultado: lograr que el provocado se haga responsable criminalmente, lo cual, a su vez, sirve de medio para que le sea impuesta una pena(123). En definitiva, el objetivo inmediato es obtener la punición del provocado, y con ese propósito provoca, de uno u otro modo, la realización de un hecho criminal.

Como acertadamente indicarán HEILBORN y JOHANNIEMANN, la efectiva consecución de este objetivo no entra en la esencia del concepto: es suficiente comprobar que inicialmente su voluntad persigue dicho objetivo(124). Por consiguiente, todo otro aspecto psicológico, como son los móviles, los motivos o el fin último perseguido, exceden al concepto(125).

De estas precisiones se deduce que quedan fuera del ob

(123) José ANTON ONECA, Derecho penal, I, Madrid, 1949, 440, define al agente provocador como "el que impulsa a otro a cometer un delito para determinar su responsabilidad de la que resulte la intervención de la Justicia o la sujeción del provocado a la voluntad del provocador, quien le conmina con la denuncia", Esta última parte de la definición de Antón Oneca puede dar lugar a situaciones que propiamente no son de agente provocador. Cfr. también Edmundo MEYER, Tratado de Derecho Penal, II, Madrid, 1957, 327.

(124) HEILBORN, Der agent provocateur, 9; JOHANNIEMANN, Die Strafbarkeit des Spitzels, 41.

(125) Cfr. FERRER SAMA, Comentarios, I, 88, quien incluye entre los fines que persigue el agente provocador el deseo de cobrar un premio. Propiamente tal deseo podrá ser uno de los móviles pero no el fin de la conducta provocadora. Véase también CUELLO CALON, Derecho penal. Parte general, 648 s.

jeto de este estudio, aquellas actuaciones en las que no obstante observarse la misma mecánica instrumental que utiliza el agente provocador, el objetivo representado no es lograr que el provocado se haga merecedor de una pena. Por eso si lo que se pretende es someter a prueba^a un individuo incitándole a cometer acciones carentes de contenido penal, el hecho no entra en los límites de estas páginas(126). Otro tanto cabe decir de aquellas opiniones que se conforman con que el provocado sufra cualquier clase de mal, así por ejemplo un menoscabo en su salud(127). Por eso nada tiene que ver con el problema del agente provocador, la provocación de una excusa de legítima defensa con el fin de dar muerte, en tales circunstancias, a una persona(128). No

(126) La mecánica instrumental y la composición contradictoria de la conducta provocadora propia del agente provocador, sirve de base para el relato del Curioso impertinente que se inserta en el Quijote. El curioso impertinente para probar a su mujer pide a un amigo que la tienta. Ver también Ramón MENENDEZ PIDAL, Poesía juglaresca y juglares, 6ª ed. Madrid, 1969, 89, donde se relata que el señor de Barbastro prueba neciamente con celos injustos a su mujer Dª Elvira, y ésta ofendida se entrega a su amante D. Pascual de Cutanda. El episodio lo canta un juglar que llega a las bodas de Alfonso VIII de Castilla con Leonor hija de Enrique II de Inglaterra (septiembre de 1170 en Tarazona).

(127) Cfr. Jorge SOSA CHACIN, "El agente provocador y sus derivaciones jurídico penales" en Revista de la Facultad de Derecho. Universidad Católica Andrés Bello, n. 1, Caracas, 1965-1966, 26. SOSA CHACIN define al agente provocador como "La persona que voluntariamente determina o ayuda moralmente a otra para que realice un hecho típico, antijurídico y doloso, que se puede consumir o quedar en grado de tentativa o frustración, con el fin primordial de que se le ocasione un daño en sus propios derechos al provocado". Véase también el ejemplo de GIMBERNAT, Los delitos cualificados, 152.

(128) Tal es, sin embargo, la opinión de SOSA CHACIN, "El agente provocador", 26.

todo caso en el que se provoca un comportamiento ajeno, para conseguir una reacción en el sentido deseado, entra en las fronteras del problema, sino sólo aquellos supuestos que reúnen los caracteres conceptuales que se están analizando.

En conclusión, el primer presupuesto que requiere el concepto es que la conducta provocadora persiga como objeto inmediato, siempre el mismo y susceptible de ser individualizado apriorísticamente, que la persona del provocado se haga responsable criminalmente, lo cual a su vez sirve de medio para que le sea impuesto una pena. Por el contrario el móvil por obra del cual actúa el agente provocador, no es posible determinarlo de antemano. En igual sentido se manifiesta KARGE cuando escribe que el fin de la acción inserto en la voluntad del agente provocador y perceptible objetivamente, no hay que confundirle con los móviles personales por virtud de los cuales actúa. Estos móviles pueden ser de distinta especie(129).

De este análisis sobre el objetivo presente siempre en el contenido de voluntad de agente provocador, no resulta todavía el carácter singular de sus actos. La determinación del fin perseguido es por sí mismo insuficiente para poner de relieve la particular estructura de su comportamiento. Ya se dijo que de ser bastante para caracterizar al agente provocador este momento psicológico, no se ve que haya razones suficientes para excluir del régimen general su tratamiento. De ahí que sea preciso contemplar el contenido de la voluntad provocadora no sólo desde esta pers-

(129) KARGE, Der agent provocateur, 16.

pectiva psicológica, sino además a la luz de la dogmática jurídico penal.

B.- El agente provocador carece de voluntad de producir el desvalor que fundamenta lo injusto del delito afectado por su comportamiento.

Una vez examinado el significado del momento extratípico presente en la conducta del agente provocador, se hace necesario precisar cuál es la orientación que imprime a su voluntad con referencia a las exigencias sistemáticas de todo tipo de delito.

En primer lugar conviene insistir en la necesidad de distinguir entre lo que desea que haga el provocado y lo que el propio agente provocador hace y quiere. Solamente este segundo aspecto tiene trascendencia a efectos penales. Sus deseos o preferencias con respecto a lo que deba hacer el provocado, no pasan de ser meros momentos psíquicos que por no depender de su voluntad no le son computados.

En el análisis crítico que se hizo anteriormente sobre la conducta provocadora desde una perspectiva dogmático penal, se rechazó la tesis que sostiene que sólo obra con voluntad de tentativa. Otro tanto sucedió con el planteamiento según el cual el agente provocador nada más quiere, a través del provocado, que se realice un desvalor de acción, pero no de resultado; o que no se alcance la lesión material del bien jurídico, sino sólo la formal(130).

(130) Véase atrás, p. 62 ss.

La objeción que se opuso fué para los tres planteamientos semejante: en primer lugar no hay que confundir las cuestiones conceptuales con las de responsabilidad; en segundo lugar, la dogmática del Derecho penal no permite fundamentar una voluntad de tentativa, o una voluntad de desvalor de acción o de lesión formal del bien jurídico, fuera de un comportamiento que no capte, en el primer caso la consumación del hecho, y en el segundo la lesión o peligro del bien jurídico (desvalor del resultado o lesión material) (131). Tal conclusión no solamente es aplicable al autor en sentido propio, sino también a todo otro copartícipe en el delito debido a la relación funcional y sistemática existente entre tipo de delito, tipo de participación y tipo de tentativa(132).

Queda bien claro, por tanto, que un contenido de voluntad limitado a la tentativa del delito o un desvalor de acción, es insostenible. A la vez también está perfectamente claro que el agente provocador no quiere la consumación del delito, o desde la perspectiva de lo injusto, la producción de un desvalor de resultado. Si no fuera así, ya se ha dicho que el problema no merecería un tratamiento independiente. Pero no obstante no obrar ni con voluntad de consumación, o de desvalor de resultado, la conducta provocadora favorece la realización de un delito; delito en el que unas veces interviene aparentemente como autor, o como partícipe. En definitiva los actos del agente provocador, al menos de forma indiciaria, deben ser adecuados

(131) Véase atrás, p. 62 ss.

(132) Véase atrás, p. 68 ss.

formalmente a alguna de las categorías típicas de codelin cuencia. De otro modo su comportamiento excedería al análisis jurídico penal. Sucede, entonces, que si bien el agente provocador interviene en la realización del hecho delictivo, al tiempo carece tanto de voluntad de consumación como, desde el punto de vista de la teoría de lo injusto, de voluntad de producir el desvalor del resultado. Aquí es donde radica, precisamente, la estructura contradictoria de su comportamiento. Pero lo que no está permitido es decir, al modo de la opinión dominante, que si bien carece de voluntad de consumación, sí obra con voluntad de tentativa; o que si bien no posee voluntad de producir, a través del provocado, el desvalor del resultado, sí posee, por el contrario, voluntad de producir el desvalor de acción. Pienso, por ello, que la estructura contradictoria del comportamiento provocador se sustancia en la ausencia de voluntad de producir el desvalor que fundamenta lo injusto del delito afectado por su conducta. Ello significa que ni directamente, ni tampoco a través del provocado, quiere que se produzca la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, y, sin embargo, a fin de lograr el castigo de éste, provoca la comisión de un delito. Tal es la contradicción que caracteriza el comportamiento del agente provocador.

Pero esa ausencia de voluntad de producir el desvalor de lo injusto, no se crea que queda reducida a un momento volitivo interno. Es preciso que se manifieste externamente mediante la inserción de factores encaminados a impedir que efectivamente se produzca el desvalor del resultado

(lesión o peligro del bien jurídico) del hecho afectado por la conducta provocadora. De este modo la mecánica instrumental con la que opera, pasa a ocupar una posición preminente. Unas veces aquellos factores vienen condicionados inicialmente por la propia conducta provocadora: piénsese, por ejemplo, en los episodios de tentativa inidónea; otras veces son insertados en el transcurso de la ejecución del hecho: así, porque el agente provocador tiene previsto intervenir oportunamente para evitar la consumación, etc. Pero en rigor la mecánica instrumental propia del agente provocador nada añade en el orden conceptual. Es un mero reflejo de la falta de un contenido volitivo dirigido a producir el desvalor que fundamenta lo injusto del delito afectado por la conducta provocadora.

Una vez llegados a este resultado, sólo de forma impropia e incorrecta podría decirse que el agente provocador quiere la realización de una tentativa o participar en un desvalor de acción; no en el sentido de que su voluntad sólo lo capta la realización de una tentativa, que según se vió es imposible desvincularla de la voluntad de consumación; sino que como consecuencia de la especial forma de intervenir en el hecho, sólo permite que los actos del provocado alcancen el estadio de un principio de ejecución. Pero incluso aunque así suceda, no está permitido decir que el agente provocador obra con voluntad de tentativa.

De nuevo hay que reiterar lo que tantas veces se ha dicho: la voluntad de tentativa presupone la presencia de una voluntad de consumación. Y del mismo modo, quien quiere, a través del provocado, la producción de un desvalor de

acción, al tiempo debe querer la producción del desvalor del resultado en cuanto que aquél sólo puede fundamentarse refiriéndole a la lesión o puesta en peligro del bien jurídico.

De acuerdo con este punto de vista, hay que descartar que nos encontremos ante un supuesto de agente provocador cuando el sujeto quiere desde un principio la consumación del delito, o que el autor principal realice el desvalor del resultado. Según se dijo anteriormente, no es bastante para calificar el hecho como de agente provocador el propósito de que el provocado se haga merecedor de una pena, ni la ausencia de interés en la comisión del delito por lo que como tal representa. Es preciso la falta de voluntad de producir el desvalor que fundamenta lo injusto, y además que dicha carencia volitiva tenga su inmediato reflejo en la estructura o desarrollo del hecho provocado a fin de evitar que se alcance el desvalor del resultado del mismo. Por ello resulta sorprendente que no pocos autores tras decir que lo característico del agente provocador es que su voluntad sólo aspira a que se realice una tentativa, a renglón seguido se plantean el caso del agente provocador que quiere la consumación(133). Insisto en que estos casos no

(133) Cfr. ANTON ONECA, Derecho penal, I, 440; BLEI, AT, 251; BAUMANN, "Täterschaft und Teilnahme", 134; HIPPEL, AT, II, 464; LISZT, Lehrbuch, 218; MEZGER, Tratado, II, 328. En contra, con razón, TRECHEL, Der Strafgrund der Teilnahme, 93: "Por de pronto no puede hablarse de agente provocador, cuando el instigador obra con la sola intención de denunciar al autor a la policía tras la consumación del hecho principal".

toleran la denominación, ni hay motivos para extraerlos del régimen general de autoría o participación criminal.

Planteado en estos términos el esquema conceptual, la falta de un contenido volitivo dirigido a producir el desvalor de lo injusto del delito, tiene un importante alcance dogmático. Afecta no sólo al dolo del agente provocador, como cree la opinión dominante, sino previa y principalmente a la condición de tipicidad y de antijuricidad de los actos provocadores. Por ello la pregunta que se plantea es la siguiente: ¿El comportamiento del agente provocador fundamenta lo injusto de las formas de autoría, o en su caso, de la participación criminal? No se pueden adelantar soluciones generales ni optar por apriorismos. Solamente el análisis de cada caso en concreto puede alumbrar la solución más conforme con los principios de la dogmática jurídico penal. Los siguientes capítulos tienen puesta la mira en ese empeño.

SEGUNDA PARTE: LA CONDUCTA PROVOCADORA

Presupuestos de la responsabilidad criminal del agente provocador: Localización sistemática del tema.

La contradicción lógica que subyace en el comportamiento del agente provocador al mediar en un hecho delictivo sin voluntad de producir el desvalor que fundamenta lo injusto del delito afectado, sino tan sólo persiguiendo como objetivo que otro sujeto resulte responsable criminalmente, hace que su conducta presente unas especiales características. Dicha contradicción no queda reducida a un simple momento psicológico interno, sino que se traduce externamente en la mecánica instrumental con la que opera y afecta de forma directa a la estructura de su proceder o al desarrollo del hecho provocado. Por ello el centro de gravedad de la conducta provocadora en el análisis dogmático penal, no se ha de localizar en el objetivo extratípico perseguido, sino en los propios actos por él realizados. Los siguientes capítulos se dedican precisamente a considerar las diferentes formas de actuar del agente provocador. El resultado del examen será aceptar o rechazar, si previamente a cualquier otra valoración sobre un momento volitivo que la sistemática del Derecho penal sitúa en el dolo, la conducta provocadora reúne las condiciones precisas para poder ser considerada como típicamente antijurídica.

De este modo el tratamiento general del problema debe ser remitido, preferentemente, al ámbito de lo injusto. Y dentro del mismo, es preciso contemplar la totalidad de los presupuestos que dan vida a dicha categoría sistemática. De ahí que no se pueda limitar el estudio del tema, como hace predominantemente la doctrina, a considerar si la conducta del agente provocador reúne o no las condiciones requeridas por el comportamiento doloso(134). A mi modo de ver el problema del dolo sólo adquiere significado cuando previamente se ha comprobado que la conducta es típicamente antijurídica. Ciertamente que si se opera con los esquemas de las teorías que localizan el dolo en el tipo de lo injusto de los delitos dolosos, cabría decir que el exámen del dolo ya es el exámen del tipo de injusto(135). No obstante se debe precisar que el dolo, aun cuando se considere que forma parte del tipo de lo injusto de los delitos dolosos, sólo es uno de sus elementos. En este estudio se parte de la idea de que el problema de la posible responsabilidad del agente provocador no depende tanto del conocimiento y orientación de su voluntad con respecto a los elementos del tipo objetivo (dolo natural desprovisto de la conciencia de la anti-juricidad), como de si se dan los presupuestos que fundamentan ya el propio tipo (objetivo) de lo injusto. Esto quiere decir que al analizar la conducta provocadora debe tenerse presente no solamente, como hace por lo común la doctrina, el grado de conocimiento y dirección de la volun

(134) Cfr. BAUMANN, AT, 511, 577, 591; MAURACH, Tratado, II, 372; SCHÖNKE-SCHRÖDER-CRAMER, 363; DREHER, Strafgesetzbuch, 141; LACKNER, Strafgesetzbuch, 135; RODRIGUEZ MOURULLO, en Comentarios, I, 853 s.

(135) Cfr. WELZEL, El nuevo sistema del Derecho penal, 66.

tad del agente provocador con respecto a los elementos del tipo, sino previa y principalmente si sus actos reúnen todas las condiciones y características que fundamenta lo in justo penalmente relevante. Sólo en un segundo momento, una vez comprobado que su conducta es típicamente antijurídica, se pasará a examinar si ha obrado dolosa o culposamente.

La conducta provocadora debe ser indiciaria, por de pronto, en razón del dogma que se consagra en el principio de legalidad, de la posibilidad de subsunción en alguna de las formas del comportamiento delictivo específicamente ti pificadas. De otro modo faltaría el presupuesto de todo análisis jurídico penal. Por ello convendrá examinar en primer lugar, y de forma sistematizada, las distintas categorías del comportamiento criminal previstas en nuestro Có digo penal a fin de poder remitir a las mismas, en un segundo momento, la conducta del agente provocador.

Tradicionalmente la doctrina penal centra sistemáticamente el tema, en su conjunto, en la participación criminal en sentido estricto, y remite preferentemente a la inducción o a la instigación el comportamiento característico del agente provocador(136). La bondad de esta localización

(136)Cfr. RODRIGUEZ DEVESA, Derecho penal español. Parte general, 686; RODRIGUEZ MOURULLO, en Comentarios, I, 853 ss.; CUELLO CALON, Derecho penal. Parte general, 648 s.; QUINTANO RIPOLLES, Curso, I, 247 s.; ANTON ONECA, Derecho penal, 440; En la doctrina alemana el tema se remite preferentemente al parágrafo 26 (instigación), si bien con frecuencia se admite que el agente provocador puede asumir la condición de cómplice aparente al prestar una ayuda simulada. Cfr. en éste último sentido PLATE, "Zur Strafbarkeit des agent provocateur", 294; STRATENWERT, "Der agent provocateur",....

y, sobre todo, la exclusiva conexión del comportamiento del agente provocador con una conducta inductora, debe ser objeto de revisión. Tal como se ha venido indicando, la expresión agente provocador no ha de relacionarse con un preciso modo de actuar, sino que debe ser considerada como el denominador común que agrupa a distintas formas de manifestarse el proceder criminal. El elemento de enlace entre todos los supuestos hay que encontrarlo en la particular estructura de la conducta provocadora. Por este motivo siempre que se aprecie en un sujeto, por un lado el propósito de lograr que otro copartícipe se haga responsable criminalmente, y por otro que su voluntad no aspira a producir de modo efectivo el desvalor de lo injusto del delito afectado, estamos ante un agente provocador. Poco importa la mecánica seguida para provocar una actividad delictiva ajena. De ahí que el agente provocador pueda, en principio, servirse de cualquier comportamiento criminal para lograr, como objetivo de su acción, que el provocado se haga merecedor de una pena.

El agente provocador, como categoría conceptual, precisa de la existencia de la persona del provocado desde el

..... 717 n. 3; BAUMANN, AT, 591 s.; Unánimemente se acepta remitir al parágrafo 30 (tentativa de instigación, concierto criminal, etc.) la actividad del agente provocador. Cfr. sobre esto último Reinhart MAURACH, "Die Problematik des Verbrechensverabredung (parágrafo 49a II StGB)" en JZ, 1961, 139 ss.; Entre los monografistas baste citar, HEILBORN Der agent provocateur, 106 ss; SINGEWALD, Der agent provocateur, 107 ss.; KATZENSTEIN, "Der agent provocateur", 433 ss.; DEUBERT, Der agent provocateur, 27 ss.; JOHANNIEMANN, Die Strafbarkeit des Spitzels, 104 ss.; PLATE, "Zur Strafbarkeit des agent provocateur", 294 n.1.

momento que es éste quien de acuerdo con la voluntad del primero ha de hacerse responsable criminalmente. Sin embargo la relación que interesa establecer en el binomio agente provocador-sujeto provocado no es la que media entre uno y otro, pues excede al análisis jurídico penal, sino entre los actos realizados por el primero y la actividad criminal desarrollada por el segundo. De este modo se puede decir que no se provoca tanto a un sujeto, como una actividad criminal a consecuencia de la cual cobra vida la figura del provocado. Existe, por tanto, una relación de dependencia funcional que ha de establecerse tomando como base la actividad provocada y no la persona del provocado. De ahí que no necesariamente el agente provocador deba seguir el orden lógico de individualizar primeramente a la persona del provocado y a continuación la actividad que ha de desarrollar. Del mismo modo, cuando en el hecho intervengan varias personas, aunque los actos del agente provocador sólo vayan dirigidos a una de ellas, todas aparecen como sujetos provocados. Así entendida la dependencia funcional que media entre el provocado y el hecho principal, se puede hablar de una conducta provocadora, en primer término, siempre que la actividad criminal realizada por el provocado sea resultante del comportamiento del agente provocador. Pero no es bastante tener presente esta denotación semántica que deriva, sin más, de la voz provocación. También entran dentro la conducta provocadora aquellos otros comportamientos en los que si bien falta el momento dinámico dirigido a promover una actividad criminal ajena, ésta aparece única y exclusivamente como medio para lograr el propósito del agente provocador: la punición del provoca

cado. Desde esta perspectiva el agente provocador puede no ser el iniciador del comportamiento criminal, sino adoptar un papel pasivo. Pero en todo momento el desarrollo del hecho principal está siendo manipulado por él.

Este punto de vista permite afirmar que el agente provocador no necesariamente debe ser el promotor de la conducta principal, sino que sus actos pueden sumarse al desarrollo de un hecho ya planeado por otra persona, o incluso situarse en el extremo opuesto del comportamiento provocador: así, puede que aparezca como el receptor de una inducción, es decir, como la persona del inducido que obra en funciones de supuesto autor principal único o en comunión con otras personas(137). Nos encontramos ante un agente provocador al revés, según la expresión de KOHLER (138). Incluso las actitudes omisivas orientadas precisamente a provocar un hecho ajeno, son igualmente reconducibles a la conducta provocadora. Si unos y otros comportamientos deben o no ser merecedores de una pena, es una cuestión que no puede contestarse apriorísticamente, sino

(137) Cfr., BEKZADIAN, Der agent provocateur, 69 quien, con razón, indica que el agente provocador no tiene por qué tomar la iniciativa. Por su parte KARGE, Der agent provocateur, 18, cita el caso frecuente en que un agente provocador logra introducirse en una banda de criminales y contribuye con actos de distinta naturaleza a la comisión de delitos. De igual forma el propio autor pone de manifiesto cómo la expresión agente provocador no tiene el mismo significado en el ámbito del Derecho penal y en el lenguaje común: quien presta ayuda o coopera -indica- no provoca(19).

(138) Cfr. KOHLER, Studien, I, 126. Cfr. además DOPFFEL, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des agent provocateur, 22 ss. (instigación putativa).

que será el resultado de un análisis en donde el objetivo principal es comprobar si la conducta provocadora fundamenta una acción u omisión típicamente antijurídica.

Concebida en estos términos la función de la conducta provocadora, la condición de agente provocador la puede asumir quien, presupuestos el resto de los requisitos (propósito de que el provocado se haga acreedor a una pena, y ausencia de voluntad de que se alcance el desvalor que fundamenta lo injusto del delito afectado), formalmente induce o fuerza a otro a ejecutar un delito, o quien coopera con actos de auxilio necesario o no necesario; pero también quien se comporta aparentemente como autor en sentido propio o toma parte directa en la ejecución del delito. Por último también la conducta provocadora puede reconducirse a cualquiera de los actos preparatorios previstos en el art. 4. -conspiración, proposición y provocación a delinquir- desde el momento en que se precisa la presencia efectiva de al menos dos sujetos, o la pretensión de captar la voluntad ajena para que se determine a delinquir(139). Nada impide que uno de ellos sea un agente provocador. En consecuencia, la conducta provocadora puede mostrarse mediante un comportamiento fundamentador de un acto preparatorio o mediante un comportamiento de autoría o de participación criminal.

De lo dicho se desprende que entre la conducta provo-

(139) Con razón RODRIGUEZ MOURULLO, en Comentarios, I, 170 y 184, admite la posibilidad de que se presenten casos de agente provocador referibles a la proposición o a la provocación a delinquir del art. 4.

cadora y la del agente provocador debe existir una conexión. Los intentos dirigidos a buscar una relación causal entre ambas, presentan en no pocas ocasiones unas dificultades insalvables(140). La dogmática de nuestros días ha abandonado la idea que pretende establecer un nexo causal entre el comportamiento de todo copartícipe y el hecho principal(141). La relación ha de buscarse acudiendo a criterios sistemáticos y funcionales. Desde esta perspectiva el propio tipo del delito en cuestión, sirve de punto de enlace entre los diferentes comportamientos que contribuyen, de uno u otro modo, a la lesión o puesta en peligro del bien jurídico. Este es el criterio que nos sirve para conectar la conducta provocadora con el hecho que realiza el provocado.

Finalmente interesa reiterar la idea ya expuesta en

(140) Cfr. HEILBORN, Der agent provocateur, 76; BEKZADIAN, Der agent provocateur, 81 s.; KOSTERLITZ, L'agent provocateur, 8; DELL'ANDRO, "Agente provocatore", 867; MALINVERNI, "L'agente provocatore", 261; CALIFANO, L'agente provocatore, 25; SALAMA, L'agente provocatore, 17.

(141) Cfr. Klaus ROXIN, Täterschaft und Tatherrschaft, 3ª ed. Berlin, 1975, 4 ss.; El problema de la relación de causalidad en la participación criminal, ha adquirido una nueva dimensión con motivo del enfoque de las teorías del aumento del riesgo. Cfr. sobre esto último Klaus ROXIN, "Reflexiones sobre la problemática de la imputación en el Derecho penal", en Problemas básicos del Derecho penal. Trd. Diego Luzón Peña, Madrid, 1976, 131; EL MISMO, "Infracción del deber y resultado en los delitos imprudentes", en Problemas básicos, 167 ss.; STRATENWERTH, AT, 81; RUDOLPHI, en Systematische Kommentar, I, 22 ss.; JESCHECK, AT, 230 ss. y 564 s.

la Introducción: el problema del agente provocador no debe quedar limitado a las actuaciones de la policía sino que cualquier sujeto que actúe en las condiciones y circunstancias descritas podrá ser considerado como tal. Este parecer actualmente es reconocido de forma unánime por la doctrina(142).

De igual forma tampoco tolera el tema la limitación que implica considerar como casos de agente provocador aquellas actuaciones que van referidas a la comisión de ciertos delitos. Todo delito se presta a ser objeto de una conducta provocadora. No es correcto, por tanto, hablar de casos típicos. Lo que la doctrina frecuentemente entiende por tal, son precisamente los que constituyen el objeto de este estudio, es decir, aquellos en los que se carece de voluntad dirigida a que se alcance el desvalor de lo injusto del delito(143). Por eso si aceptase la existencia de

(142) Cfr. En la literatura penal antigua GEYER, en Handbuch des deutschen strafrecht (Holtzendorff), 350 n.l.; de la moderna basta citar, por todos, SALAMA, L'agente provocatore, 3 s.

(143) Quien por vez primera utiliza la expresión casos típicos fué HEILBORN, Der agent provocateur, 5. Heilborn con trapone los casos típicos de agente provocador a los que no lo son, al rechazar la definición que del mismo hace Glaser ("Zur Lehre vom Dolus des Anstifters", 33). Según Heilborn la definición de Glaser era corta y concisa pero con ella no se puede saber "por qué en los casos típicos el agente provocador debe permanecer impune"(5). A mi modo de ver sólo los casos típicos son los que constituyen el problema del agente provocador. Al parecer los casos no típicos serían aquellos en los cuales el sujeto desde un principio quiere la consumación del delito, si bien el motivo de su intervención en el mismo es lograr que otro individuo se haga acreedor a una pena, Según digo en el texto, tales casos no son de agente provocador. Deben ser remitidos al régimen general de coparticipación criminal.

casos típicos, parece que al tiempo se admite que hay casos no típicos de agente provocador. En conclusión, la expresión agente provocador solamente puede ir referida, de acuerdo con los presupuestos de estas páginas, a los comportamientos que presentan la estructura contradictoria analizada. Todo otro supuesto, a mi modo de ver, no es de agente provocador. Debe ser remitido al régimen general.

Una vez examinados los presupuestos conceptuales y la estructura de la conducta provocadora, en los siguientes capítulos se pasa a analizar los problemas relativos a la responsabilidad criminal del agente provocador. Se comienza por los comportamientos que fundamentan un acto preparatorio considerado de forma general punible (conspiración, proposición y provocación a delinquir) y después se estudian las conductas constitutivas de una autoría o de una participación.

CAPITULO SEGUNDO

LOS ACTOS PREPARATORIOS Y EL AGENTE PROVOCADOR

I.- Localización sistemática.

Un presupuesto esencial del Derecho penal moderno es la idea de que para poder considerar punible una conducta es preciso que al menos se traduzca externamente en un principio de ejecución. Los actos ejecutivos marcan la frontera entre las acciones punibles y las que no lo son. La manifestación práctica de este principio por lo común encuentra acogida en las legislaciones positivas al considerar impune, en principio, la acción del sujeto que individualmente realiza una conducta dirigida a cometer un delito pero que no supone todavía un comienzo de ejecución del mismo. Por este motivo el Código penal requiere en el art. 3, para que un comportamiento sea punible a título de tentativa, que exista un principio de ejecución del hecho(1). Sin embargo es criterio generalmente admitido considerar punibles, de forma general, determinados actos preparatorios del delito, expresamente previstos, así el art. 4 del Có-

(1) Cfr. Gonzalo RODRIGUEZ MOURULLO, "La punición de los actos preparatorios", en Anuario, 1968, 277 s.; RODRIGUEZ DEVESA: Derecho penal español, Parte general, 660 s.

digo penal o el parágrafo 30 del StGB alemán(2), cuando en su realización hayan intervenido al menos dos sujetos o se haya pretendido captar la voluntad de otra u otras personas para que se resuelvan a ejecutar un delito. Por tanto, frente a los actos individualmente realizados, ciertos comportamientos resultan punibles, de forma general, como consecuencia de la conjunta ejecución de los mismos o debido a la posible intervención de otras personas.

El art. 4 del Código penal considera merecedores de una pena las conductas consistentes en una conspiración, proposición o provocación a delinquir. El primer requisito que precisan estas conductas es la falta de un principio de ejecución, pues inmediatamente en que esto suceda ya se da entrada a la posibilidad de apreciar la tentativa del delito objeto de la conspiración, proposición o provocación. La naturaleza de estos comportamientos es, por consiguiente, eminentemente subsidiaria, pues sólo se po-

(2) El parágrafo 30 del StGB alemán dice (1) Quien intente determinar a otro para que cometa un crimen o para que instigue a la comisión del mismo, será castigado de acuerdo con las prescripciones de la tentativa de un crimen. No obstante la pena será atenuada conforme a lo dispuesto en el parágrafo 49-1. En su caso será aplicable el parágrafo 23-3. (2) Del mismo modo será castigado quien se declare dispuesto, quien acepte la propuesta de otro, o quien con otro se concierte para cometer un crimen o para instigar a la comisión del mismo.

La nueva redacción da entrada a la posibilidad de que se aplique el parágrafo 30 no sólo en los supuestos en que se intenta determinar a otro, etc. a cometer un delito grave, como sucedía ya en el antiguo parágrafo 49a, sino también en los que se intenta determinar, etc. a que otro instigue a un tercero a cometer un crimen. La modificación es importante porque ahora cabe conectar el parágrafo 30 no con el tipo de la parte especial sino con la instigación (parágrafo 26).

drán apreciar cuando no se haya sobrepasado el límite de los actos preparatorios(3).

La localización sistemática de las conductas previstas en el art. 4 compromete, en buena medida, su posterior desarrollo, de ahí la conveniencia de hacer algunas reflexiones a este respecto.

Dos son, fundamentalmente, los puntos de vista que cabe adoptar para centrar sistemáticamente los comportamientos consistentes en una conspiración, proposición o provocación a delinquir: considerar que estamos en presencia de delitos sui generis, o bien entender que se trata de formas particulares de extensión de la pena o de aparición de la criminalidad(4).

De acuerdo con el primer criterio las conductas previstas en el art. 4 del Código penal serían portadoras de un bien jurídico autónomo y, en consecuencia, lo injusto que fundamenta la pena se derivaría del ataque al mismo. Un planteamiento semejante ha sido sostenido en la doctrina alemana por BINDING, H. MAYER y KOHLRAUSCH-LANGE, quienes al interpretar el antiguo parágrafo 49a y el parágrafo 111 consideran que el específico bien jurídico protegido en los mismos es la disposición anímica de acatar el dere

(3) En el mismo sentido con relación al parágrafo 30 del StGB alemán, SCHÖNKE-SCHRÖDER-CRAMER, Strafgesetzbuch, 377; SCHMIDHAUSER, AT, 647.

(4) Cfr. sobre el mismo problema con relación al StGB alemán, Klaus LETZGUS, Vorstufen der Beteiligung. Erscheinungsformen und ihre Strafwürdigkeit, Berlin, 1972, 211 ss.; MAURACH, "Die Problematik der Verbrechensverabredung", 138.

cho presente en todo individuo (rechtstreue Gesinnung des Bürgers)(5). Por su parte LISTZ entiende que el ataque no va dirigido contra el individuo en particular sino contra la generalidad; de ahí que considere que el bien jurídico tutelado es la autoridad del Estado(6).

Esta orientación no es posible trasladarla a las disposiciones del art. 4 del Código penal fundamentalmente por dos razones: en primer lugar, porque el precepto debe ser conectado directamente con los tipos de la parte especial. Lo que se pretende proteger no es un bien jurídico autónomo, ni tampoco la mera vigencia empírica del Derecho(7), sino los bienes jurídicos que encuentran contenido en los tipos de la parte especial.

El art. 4 no pasa de ser, por tanto, un precepto de referencia. Esta idea se ve reforzada por el hecho de que la pena aplicable en cada caso (art. 52 párrafo 3) resulta de

(5) Karl BINDING, Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts. Besonderer Teil, II, 2, 2ª ed., Leipzig, 1905, 838ss. y 860 ss.; Hellmuth MAYER, Strafrecht. Allgemeiner Teil, Stuttgart y Köln, 1953, 341. KOHLRAUSCH-LANGE, Strafgesetzbuch, (43ª ed.) 326. Cfr. además LETZUS, Vorstufen, 211 s.; RODRIGUEZ MOURULLO, "La punición de los actos preparatorios" 302.

(6) Franz von LISZT, Lehrbuch des deutschen Strafrecht, 21 y 22ª ed. Berlin, Leipzig, 1919, 564: "Menosprecio, ofensa demostrada a la Ley del Estado"... .

(7) Santiago MIR PUIG "Los términos delito y falta en el Código penal" en Anuario, 1974, 374. Cfr. PLATE, "Zur Strafbarkeit des agent provocateur", 303 n. 36, quien con referencia al párrafo 111 del StGB alemán considera que en el mismo (requerimientos públicos a cometer hechos antijurídicos) no se dan los presupuestos de la instigación -destinatario determinado, hecho principal antijurídico-, por lo que el bien jurídico protegido sería la vigencia empírica del derecho.

la prevista para el delito afectado por la actividad conspiradora, proponente o provocadora⁽⁸⁾. En segundo lugar, el propio legislador en el art. 3 del Código penal orienta, indirectamente, el criterio que ha de seguirse para localizar sistemáticamente a las conductas definidas en el art. 4. En el art. 3 se dice que son punibles no sólo el delito consumado, el delito frustrado y la tentativa, sino también la conspiración, proposición y provocación a delinquir. Es decir, del mismo modo que la frustración y la tentativa son causas de extensión de la pena que han de ir conectadas directamente con el tipo de la parte especial, de donde reciben el contenido de injusto, la conspiración, proposición y provocación a delinquir cumplen también el mismo cometido: son formas especiales de aparición de la criminalidad⁽⁹⁾. De ahí que para formar el tipo de cada uno de estos comportamientos sea preciso establecer una relación funcional con el precepto de la parte especial afectado. Lo que el art. 4 prohíbe y somete a una pena no es, por ejemplo, un acto de conspiración en sí mismo considerado, sino la conspiración para ejecutar alguno de los delitos del libro segundo del Código penal. Carecen, en definitiva, de un bien jurídico autónomo y por ello deben ser conectados con los tipos de la parte especial.

(8) Cfr. QUINTANO RIPOLLES, Comentarios al Código penal, 2ª ed. Madrid, 1966, 61.

(9) Cfr. RODRIGUEZ DEVESA, Derecho penal español. Parte general. 651 ss., quien localiza sistemáticamente la conspiración, proposición y provocación a delinquir, entre las formas de aparición del delito; véase también Joaquín CUELLO CONTRERAS, La conspiración para cometer el delito: interpretación del art. 4, I CP. Los actos preparatorios de la participación, Barcelona, 1977, 12.

Ahora bien, si se dice que carecen de independencia ¿significa esto que la conspiración, proposición y provocación a delinquir son supuestos de participación anticipada o por el contrario nos encontramos ante unos actos preparatorios considerados punibles de forma general?

Un amplio sector de la doctrina alemana al interpretar el parágrafo 30 del StGB considera que en el mismo se contienen una serie de conductas susceptibles de transformarse en una forma de participación(10).

De ahí que los comportamientos previstos en dicho parágrafo se les considere como supuestos de participación anticipada cuya orientación sistemática y principios rectores han de basarse en los mismos postulados que rigen para la participación criminal(11). Para salvar las dificultades que se derivan de la ausencia de un hecho principal al que remitir la conducta realizada, se acude al expediente de considerar que la accesoriedad en estos casos no es real sino hipotética. Según MAURACH también en el supuesto de una tentativa de instigación -prevista en el antiguo parágrafo 49a, hoy parágrafo 30- el principio de la accesoriedad tiene el mismo significado que en la instigación en sentido estricto, sólo que en el primer caso hay que hablar de una accesoriedad hipotética (cuantitativa) en tanto que en el segundo la accesoriedad es real (cualitativa)(12).

(10) Cfr. JESCHECK, AT, 571.

(11) Cfr. RODRIGUEZ MOURULLO, "La punición de los actos preparatorios", 301 s. Véase además LETZGUS, Vorstufen, 216.

(12) MAURACH, Tratado, II, 386 s.

Todo ello es consecuencia de que las acciones previstas en el antiguo párrafo 49a y hoy en el 30 son consideradas como supuestos de participación anticipada.

LETZGUS, por el contrario, se pronuncia en contra de este parecer. Con plena razón indica que la participación criminal se rige por unos principios que no son susceptibles de ser trasladados a las conductas recogidas en el párrafo 49 a. Pues de guiarse por los mismos postulados, el contenido de injusto habría que deducirlo, al igual que sucede con la participación en sentido estricto, del hecho principal realizado. Se incurriría de este modo en una irreconciliable contradicción, pues las conductas previstas en el párrafo 49 a (hoy párrafo 30) se caracterizan precisamente por la ausencia de un hecho principal(13).

El criterio de la accesoriedad hipotética no es posible trasladarlo a las acciones previstas en el art. 4 del Código penal. No sólo por la contradicción sistemática apuntada, sino principalmente debido a la estructura de los comportamientos en él previstos. Más arriba se examinará uno por uno. Ahora baste adelantar que la naturaleza más conforme con la sistemática del Código penal es considerar a las conductas recogidas en el art. 4 como acciones preparatorias de una coejecución del delito (conspiración y proposición) o como acciones preparatorias de una participación en el delito (provocación)(14). Pero ni en uno ni en

(13) LETZGUS, Vorstufen, 219.

(14) Cfr. LETZGUS, Vorstufen, 220; SCHÖNKE-SCHRÖDER-CRAMER, Strafgesetzbuch, 377: con referencia a los supuestos del párrafo 30 del StGB indican que sistemáticamente se trata de una preparación de la autoría o de la participación criminal.

otro caso el contenido de injusto que fundamenta la pena lo reciben de un hipotético hecho principal, sino que es preciso deducirlo del especial peligro que las acciones de conspiración, proposición y provocación a delinquir comportan, en cada caso, para los bienes jurídicos protegidos en el precepto de la parte especial afectado(15). Este especial peligro no se puede derivar del propósito firme y decidido de llevar a cabo un delito, pues nos acercaría a los postulados propios de un Derecho penal de voluntad (16). La presencia en el sujeto de una simple voluntad mala es por sí sola insuficiente para fundamentar la extensión de la pena a las conductas recogidas en el art. 4 del Código penal. Con buen criterio el legislador ha prescindido, en líneas generales, de la peligrosidad basada en criterios subjetivos, y prueba de ello es que en las acciones individuales por muy seriamente decidido que esté un sujeto a cometer un delito, e incluso así se lo comunique a otras personas (sin intención de captar la voluntad de éstas para que se resuelvan a acompañarle en la ejecución), su propósito de delinquir es impune.

En los actos individuales el comportamiento punible comienza cuando se da principio a la ejecución del delito, esto es, se exterioriza la voluntad de cometer un delito mediante la realización de una conducta que para la sistemática del derecho penal ya supone un principio de ejecución del hecho. En los actos individuales, incluso las

(15) Cfr. LETZGUS, Vorstufen, 219 s.

(16) Cfr. RODRIGUEZ MOURULLO, "La punición de los actos preparatorios" 286 ss.; LETZGUS, Vorstufen, 136. Véase, no obstante, POLAINO, El bien jurídico, 335.

acciones preparatorias con una evidente tendencia a la comisión del delito, de acuerdo con nuestro Código penal caen fuera de su campo de aplicación. De ahí que no baste tampoco con relación a las conductas previstas en el art. 4 que un sujeto se declare dispuesto a ejecutar un delito. Se exige además la presencia de un peligro objetivo para el bien jurídico afectado por la conducta conspiradora, proponente o provocadora(17). Este sólo puede resultar del concierto criminal que surge entre varios sujetos (conspiración) o de la pretensión de captar, en determinadas circunstancias, la voluntad ajena para que se resuelva a delinquir (proposición y provocación). Solamente cuando existe el serio y decidido propósito de delinquir y además se dan las circunstancias objetivas previstas en el art. 4, resulta el peligro fundamentador de la pena para la conspiración, proposición y provocación a delinquir.

Aceptado este punto de vista, hay que rechazar que el fundamento de la pena en los actos preparatorios del art. 4 esté basado en el pensamiento de la corrupción o en el de la desintegración social(18). Este parecer entiende que cuando se pretende captar la voluntad de otros individuos para que se decidan a ejecutar un delito, en definitiva lo

(17) Cfr. RODRIGUEZ MOURULLO, "La punición de los actos preparatorios" 292; EL MISMO, en Comentarios, I, 154.

(18) Sobre el pensamiento de la corrupción, críticamente LÜDERSSEN, Zum Strafgrund der Teilnahme, 47 ss.; a favor Stefan TRECHSEL, Der Strafgrund der Teilnahme, Bern, 1967, 10 y 55 ss. Véase además, CUELLO CONTRERAS, La conspiración, 13 ss.; RODRIGUEZ MOURULLO, en Comentarios, I, 184.

que se está haciendo es instándoles a comportarse criminalmente, y esta corrupción o desintegración del cuerpo social es lo que trataría de evitar el art. 4. Este planteamiento desconoce que las acciones previstas en el citado artículo resultan punibles debido al especial peligro que su realización comportan para los bienes jurídicos contenidos en los preceptos de la parte especial. No es por tanto la persona a quien se invita a ejecutar el delito, por ejemplo, el objeto protegido en la proposición, como sería la consecuencia lógica del pensamiento de la corrupción, sino que el objeto que recibe protección es el bien jurídico contenido en el precepto de la parte especial a-fectado(19).

En conclusión, puede decirse que el fundamento de la pena en los actos preparatorios previstos en el art. 4 del Código penal hay que deducirlo del especial peligro que su realización comporta para los bienes jurídicos tutelados en los tipos de la parte especial. Tal peligro no ha de medirse acudiendo a simples criterios subjetivos, sino que es preciso comprobar además si se dan las circunstancias objetivas requeridas por la conducta conspiradora, proponente y provocadora.

La estructura de las acciones contenidas en el art. 4 del Código penal obliga a tener presente la doble orientación que se exige en el dolo. La doctrina alemana utiliza la expresión doble dolo (Doppelvorsatz) para los supuestos en los que se requiere que éste no sólo vaya referido a la

(19) Cfr. RUDOLPHI, "Inhalt und Funktion des Handlungsunwertes" 66.

conducta propia, sino también al tipo de la parte especial que resulta interesado(20). Hay que decir, sin embargo, que en rigor no nos encontramos ante un doble dolo, sino que el dolo, sin perder su unidad, exige que capte diferentes aspectos(21). Desde esta perspectiva el dolo requerido por la conspiración, por ejemplo, debe ir orientado tanto hacia la acción de la conspiración en sí, como hacia el delito en cuestión afectado por la conducta conspiradora (22). Tal referencia del dolo del sujeto al hecho principal, es simple consecuencia de la relación funcional y sistemática que es preciso establecer entre el comportamiento de quien realiza alguna de las conductas previstas en el art. 4 del Código penal. y el tipo afectado de la parte especial.

II.- Conspiración a delinquir y agente provocador.

Según el art. 4, párrafo primero, la conspiración existe cuando dos o más personas se conciertan para la ejecución de un delito y resuelven ejecutarlo.

La estructura que caracteriza a la conspiración está basada en el principio de la división del trabajo(23). Esto

(20) Cfr. por todos JESCHECK, AT, 2ª ed. 522, 527, 534, 690. 3ª ed. 560, 566.

(21) Cfr. CUELLO CONTRERAS, La conspiración, 128 ss.

(22) Cfr. RODRIGUEZ MOURULLO, en Comentarios, I, 156 s.

(23) Esta idea ya la tuvo en cuenta Francisco de CARDENAS, "Comentarios y observaciones sobre los artículos más importantes del nuevo Código penal. Exámen de los artículos 3 y 4 del Código, que tratan de los actos preparatorios del

quiere decir que el concreto plan de ejecución del delito, objeto de la conspiración, sólo puede realizarse con el concurso de todos y cada uno de los que se conciertan. Desde esta perspectiva la resolución de ejecutar conjuntamente el delito debe ser el resultado de la existencia previa de un concierto; esto es, de una distribución de funciones para ejecutar un hecho que solamente es viable con la aportación conjunta de todas las partes. Por ello cada aporte es complementario del que prestan los demás, y todos juntos forman el colectivo que da vida al plan de ejecución(24).

Concebida en estos términos la estructura de la conspiración, se puede comprender por qué el legislador si bien ha dejado impune la resolución individualmente tomada de cometer un delito, cuando ésta es adoptada al menos por dos personas la considera digna represión penal. El fundamento de la pena hay que derivarlo del especial peligro que amenaza al bien jurídico afectado por la conspiración. Tal peligro procede del acuerdo conjuntamente adoptado por quienes son partes complementarias, en una mutua dependencia funcional, en el proceso de ejecución del delito proyectado. Pero téngase presente que la resolución de ejecutar el hecho si bien debe ser el resultado del concierto, desde el punto de

..... delito, de la tentativa y del delito frustrado", en El Derecho Moderno. Revista de Jurisprudencia y Administración, Tomo IV, Madrid, 1848, 151, quien indicaba al tratar de la conspiración que "(...) este acuerdo supone que han tenido reuniones, que han decidido la manera de cometer el crimen, que se ha señalado a cada uno la parte que ha de tomar en su ejecución...".

(24) Cfr. CUELLO CONTRERAS, La conspiración, 48.

vista del peligro fundamentador de la pena pasa a un segundo plano. No basta para que una conducta sea punible la presencia en el sujeto de una mera peligrosidad subjetiva. Es necesario la existencia de un riesgo objetivo para el bien jurídico afectado por la conspiración. Este riesgo resulta no tanto, según cree LETZGUS, del apoyo e influjo recíproco en el mantenimiento de la resolución criminal(25), como de la mutua dependencia que existe entre quienes son partes esenciales en el proceso de ejecución del delito. Sólo de este modo se logra destacar el riesgo que amenaza al bien jurídico. Hay que insistir en que no es bastante una mera voluntad de delinquir, sino la creación de un peligro objetivo para el bien jurídico. Por eso cuando se pone la atención en "el robustecimiento de la voluntad criminal" o en el mutuo apoyo en el mantenimiento de la voluntad de cometer el delito, como hace CUELLO CONTRERAS, sólo se tiene presente el aspecto subjetivo de la conspiración(26). Considero que lo decisivo no es que cada uno de los que intervienen en la conspiración se sienta apoyado por el resto en el propósito de llevar a cabo el delito. Lo esencial es la dependencia mutua que origina el acuerdo tomado para la ejecución del delito, pues de esa dependencia surge el peligro objetivo en cuanto que el plan de ejecución sólo es viable con el concurso de todos los concertados.

Poco importa la vía seguida para llegar a la distribución de funciones y al acuerdo de ejecutar conjuntamente

(25) LETZGUS, Vorstufen, 126 ss, destaca preferentemente la resolución conspiradora de la que surge un influjo sugestivo y una consolidación psíquica entre los concertados.

(26) CUELLO CONTRERAS, La conspiración, 18 y 48.

el delito. Por eso si alguno de los concertados ya estaba previamente resuelto a cometer el delito, y dadas las condiciones del plan de ejecución se concierta con otras personas las cuales a su vez deciden ejecutarlo, es algo que no afecta a la esencia de la conspiración. Por ello no ne cesariamente todos los concertados no deben estar resueltos de antemano a ejecutar el delito, según piensa CUELLO CONTRERAS(27). Lo decisivo no es resolverse a ejecutar el delito, sino resolverse a ejecutarlo en común.

El art. 4, párrafo primero exige que dos o más personas se concierten para ejecutar un delito y resuelvan ejecutarlo; concierto equivale a conformidad y acuerdo mutuo en la distribución de funciones para el plan de ejecución. De ese concierto debe resultar la resolución de ejecutar conjuntamente el delito, es decir dentro de un plan previamente organizado en donde cada aporte es una pieza que completa el todo. Pero propiamente no nos encontramos ante una tentativa de inducción(28), La tentativa de inducción se da, en rigor, cuando se trata de persuadir a otro para que cometa un delito y se fracasa en el intento. Que tal cosa no sucede en la conspiración se deduce sin más del hecho de que los concertados deben resolver ejecutar el delito. Sólo de manera un tanto forzada puede decirse que hay una tentativa de inducción cuando se ha hecho efectivamente surgir la resolución criminal en otro, pero éste no procede a realizar

(27) Cfr. CUELLO CONTRERAS, La conspiración, 151 s.

(28) Para CUELLO CONTRERAS (La conspiración, 23), "(...) tanto en la conspiración como en la proposición estamos, de una manera o de otra, ante una tentativa de inducción". O ante una "inducción mutua"(173).

actos ejecutivos. Podrá hablarse, si se quiere, de una inducción fracasada. Pero en todo caso la estructura de la conspiración del art. 4 del Código penal no responde a los presupuestos de la inducción. Insisto en que también quien ya está resuelto a ejecutar un delito y se concierta con otros que a su vez resuelven ejecutarlo en común, responde a título de conspiración. Tal caso no puede ser constitutivo de una proposición porque a la esencia de ésta pertenece declinar la invitación a delinquir que hace el ya resuelto a ejecutar el delito. Dejar impune la conducta, no encuentra justificación.

La inducción sólo cobra sentido, en la sistemática del Derecho penal, cuando se establece una relación funcional con un hecho principal que al menos aparece como un principio de ejecución. Por eso tampoco es correcto decir que la proposición a delinquir en el fondo es una tentativa de inducción. En los actos preparatorios lo que falta es un principio de ejecución, que es lo que caracteriza precisamente a las formas de participación criminal. La inducción, en cuanto forma de participación, tanto desde un punto de vista semántico como por razón de su relación funcional y sistemática con el hecho principal, requiere de la existencia efectiva de un comportamiento ajeno típicamente antijurídico que implica un principio de ejecución del delito. Esto es precisamente lo que falta en los actos preparatorios. Por ello ni conceptual ni sistemáticamente conviene utilizar en materia de actos preparatorios términos cuyo valor sólo adquiere sentido en la teoría de la participación criminal en sentido estricto.

Una de las mayores dificultades que plantea la interpretación de la conspiración, es determinar qué clase de comportamientos son los que fundamentan la aplicación del párrafo primero del art. 4. Según CUELLO CONTRERAS nada impide que pueda ser castigado como conspirador quien interviene en la conspiración y se reserva el papel de cómplice "en la ejecución material, e incluso ninguno"(29). Por el contrario RODRIGUEZ MOURULLO y GARCIA-PABLOS consideran que la conspiración en definitiva es una coautoría anticipada, desde el momento en que si el acuerdo tomado se tradujera en unos actos de ejecución, los conspiradores sería tratados como coautores(30).

Por mi parte pienso que la cuestión ha de resolverse acudiendo a una interpretación sistemática y funcional. Desde el punto de vista sistemático la conspiración exige que los concertados resuelvan ejecutar el delito. Si el valor de las palabras elegidas por el legislador en el art. 4 tienen algún sentido, creo que a los términos ejecución y ejecutarlo no puede dárseles otro que no sea el que les corresponde en la total sistemática del Código penal. Por ello con GIMBERNAT se debe decir que éstos sólo pueden interpretarse en sentido técnico, esto es, con el mismo valor que tiene en el art. 3 (tentativa y frustración) la palabra ejecución(31).

(29) CUELLO CONTRERAS, La conspiración, 39 ss y 125.

(30) RODRIGUEZ MOURULLO, en Comentarios, I, 151 y 161; Antonio GARCIA-PABLOS DE MOLINA, "La problemática concursal en los delitos de asociaciones ilícitas", en Anuario, 1976, 113; EL MISMO, Asociaciones ilícitas en el Código penal, Barcelona, 1977, 141. Cfr. además, LETZGUS, Vorstufen, 105 y 106; STRATENWERTH, AT, 256; SAMSON, en Systematischer Kommentar, I, 251.

(31) Enrique GIMBERNAT ORDEIG, Autor y cómplice en Derecho penal, Madrid, 1966, 165 s.

No debe olvidarse que la estructura de la conspiración se asienta sobre el principio de la división del trabajo. Esto quiere decir que la dependencia mutua que surge del acuerdo, sólo representa un peligro para el bien jurídico afectado respecto de aquellos que se reservan un papel ejecutivo. Por tanto autores de la conspiración sólo lo serán aquellos a quienes en la distribución de funciones les corresponda realizar unos actos directamente subsumibles en el tipo, o a través del n. 1 del art. 14. En definitiva, a quienes corresponda realizar actos ejecutivos en sentido técnico, es decir, actos que entran en la última fase de realización del delito. Quien se reserva un papel de auxiliador necesario o de cómplice, no puede ser considerado como conspirador. Cuando se dice que éstos por haber intervenido en el concierto, también responden como conspiradores, se está operando con un punto de vista próximo al de la teoría del acuerdo previo. No todo el que se concierta es autor de la conspiración, sino sólo aquellos que van a ejecutarlo; es decir, se reservan el papel de llevar a cabo actos ejecutivos (directamente subsumible en el tipo o en base al n. 1 del art. 14).

Esta idea viene favorecida por la circunstancia de que el fundamento de la pena en la conspiración, según se dijo, deriva no sólo del momento subjetivo representado por la voluntad de cometer un delito, sino principalmente del peligro objetivo que amenaza al bien jurídico de la parte especial afectado. Ni el cooperador necesario ni el cómplice están facultados para poner directamente en peligro el bien jurídico, sino sólo en la medida en que el ejecutor del delito procede a realizar actos ejecutivos. Si esto es así

en la fase ejecutiva, con mayor razón lo es en la preparatoria. Por eso el peligro que fundamenta la pena en la conspiración sólo se da en los que se conciertan para realizar actos ejecutivos. Quien se reserva un papel de cómplice, por ejemplo, no puede poner en peligro el bien jurídico afectado por la conspiración, pues su contribución sólo cobra sentido cuando existe un hecho principal al que referirla.

Por último considerar conspirador a quien se reserva una función de cómplice puede dar lugar a situaciones absurdas. Como ha puesto de relieve GIMBERNAT, "si el cómplice fuera también conspirador, entonces lo que le interesaría sería que el delito llegase a la esfera de la ejecución"(32). Y le interesaría porque la pena que corresponde imponer al cómplice de un delito en grado de tentativa *puede* ~~ser~~ inferior a la que corresponde imponer al conspirador que se reserva un papel de cómplice. En el primer caso sería la pena inferior en ~~dos~~ o ~~tres~~ grados a la señalada por la ley para el delito consumado, y en el segundo la inferior en uno o ~~dos~~ grados (arts. 53 y 52-3.).

Consecuentemente en el marco del párrafo primero del art. 4 no entran otras conductas que no sean las de quienes resuelven ejecutar el delito(33). Así como tampoco ca ~~be~~ concertarse y resolver inducir a otro u otros para que

(32) GIMBERNAT, Autor y cómplice, 166

(33) En igual sentido MAURACH, ("Die Problematik der Verbrechensverabredung", 142), con relación al concierto criminal del antiguo parágrafo 49a del StGB alemán (hoy el parágrafo 30).

ejecuten un delito(34). Se insiste en que el art. 4 debe ser conectado directamente con los tipos de la parte especial, cosa que no sucedería en una supuesta conspiración en la que se llega al acuerdo de inducir a un tercero a que realice un determinado hecho criminal.

Una vez expuesta en sus líneas generales la estructura de la conspiración, se pasa a examinar las relaciones que el tema sugiere con respecto al problema del agente provocador.

Según se acaba de ver, condición necesaria para la existencia de una conspiración es la presencia de un concierto en la distribución de funciones, y la resolución de ejecutar en común el delito. Tal cosa significa que todos están conformes y aceptan mutuamente la distribución y asignación de cometidos en la futura empresa criminal. El resultado del concierto es la resolución de ejecutar conjuntamente el delito. El fundamento de la pena deriva no sólo de la voluntad mala demostrada por quien se declara dispuesto a realizar un hecho delictivo, sino principalmente del riesgo objetivo que amenaza al bien jurídico afectado. Dicho riesgo aparece como consecuencia de la dependencia mutua que une a los concertados en el plan de ejecución del delito. Cada aporte sólo es factible, debido a la división del trabajo, con el complemento que encuentra en el de los demás. En esa mutua dependencia es donde radica el peligro que se cierne sobre el bien jurídico. Por ese motivo cada aporte

(34) El parágrafo 30 del StGB alemán, recoge ahora la posibilidad de que varios sujetos se concierten para llegar al acuerdo de instigar a un tercero a que cometa un delito. JESCHECK, 2ª, AT, 535, ya admitía esa posibilidad antes de la reforma.

es esencial para formar el todo del que surge la posibilidad de ejecutar el delito.

La estructura de la conducta del agente provocador se caracteriza porque su voluntad no acepta que se produzca el desvalor que fundamenta lo injusto del delito afectado. Resulta entonces que si para la existencia de una conspiración se precisa una mutua aceptación de la distribución de funciones, a consecuencia de lo cual resuelven ejecutar en común el delito, la presencia de un agente provocador hace que quiebre la estructura del compromiso. Y quiebra por dos razones: en primer lugar porque el agente provocador nunca podrá concertarse con los demás en el sentido exigido por la conspiración, en cuanto que falta en él la aceptación del compromiso del que deriva la división de funciones; en segundo lugar, el agente provocador sólo de forma simulada o aparente resuelve realizar en común el delito.

Téngase presente que la quiebra del compromiso conspirador y de la mutua dependencia funcional no sólo se produce cuando en el concierto intervienen dos personas, una de ellas un agente provocador, sino incluso cuando existen otros individuos. No puede nacer una conspiración porque, concebida ésta como un todo unitario, la falta de seriedad en una de las partes hace que se resquebraje la total estructura del concierto. Este se asienta sobre el principio de la división de funciones y la mutua dependencia y complemento entre todos los aportes. En los concertados seriamente existirá una simple voluntad mala, pero falta el momento objetivamente peligroso que sólo surge de la dependencia funcional entre todos y cada uno de los que se

conciertan para llevar a cabo actos ejecutivos. Al fallar uno de los aportes, la propia viabilidad de ejecución desaparece. Puede ser ilustrativo el siguiente ejemplo: Tres individuos, uno de ellos un agente provocador, aparentemente se conciertan para ejecutar un robo distribuyendo los cometidos del siguiente modo: dos de ellos -uno el agente provocador- deben apuntar con sendas pistolas a los empleados, mientras el tercero se encarga de recoger el dinero. El hecho en estas condiciones planeado carece de todo peligro objetivo para el bien jurídico afectado, pues al intervenir en la distribución de funciones un agente provocador falta una de las piezas del conjunto. El hecho unitario, en el que no hay preponderancia de unos sobre otros, desaparece, y con ello el fundamento de la pena en la conspiración del art. 4.

La doctrina alemana se encuentra dividida al plantearse el problema de la posible responsabilidad criminal del agente provocador que interviene en el concierto criminal del párrafo 30-II. Mientras MAURACH considera que la presencia en el concierto de un agente provocador hace que brar siempre la estructura del mismo(35), SCHÖNKE-SCHRÖDER-CRAMER o LETZGUS distinguen si los actos asignados al agente provocador son o no imprescindibles para la posterior ejecución del delito: si no son imprescindibles, la falta de seriedad que comporta la intervención del agente provocador se considera sin trascendencia para la existencia del

(35) MAURACH, "Die Problematik der Verbrechensverabredung", 139. Cfr. BLEI, AT, 258. Cfr. FRANK, Strafgesetzbuch, 133.

concierto criminal(36). Este punto de vista puede sostenerse en la doctrina alemana al tomar como base la orientación dogmática del parágrafo 30-II del StGB, donde no se exige más que la existencia del concierto para cometer un crimen, sin especificar si los concertados deben o no estar resueltos a ejecutarlo. De ahí que LETZGUS pueda decir que la peligrosidad de la resolución conspiradora subsiste aún en el caso de que uno de los que intervienen preste su asentimiento de forma simulada(37). Sin embargo el propio LETZGUS hace una excepción cuando se trata de un agente provocador y éste desempeña un papel tan dominante en el plan trazado que sin su intervención el hecho no se puede ejecutar. En tal caso, indica LETZGUS, la resolución adoptada carece de toda peligrosidad y los seriamente concertados habrán demostrado estar en posesión de una voluntad mala, pero el concierto carece de la peligrosidad objetiva necesaria para fundamentar la pena(38).

Esto precisamente es lo que creo que sucede siempre que interviene un agente provocador en una conspiración del art. 4 del Código penal, al exigir no sólo el concierto de voluntades, sino además que todos los concertados resuelvan ejecutar conjuntamente el delito.

Y desde el momento en que, así concebida la conspiración, su estructura se basa en el principio de la división del trabajo y la interdependencia funcional de los concer-

(36) SCHÖNKE-SCHRÖDER-CRAMER, Strafgesetzbuch, 381; LETZGUS, Vorstufen, 183.

(37) LETZGUS, Vorstufen, 183.

(38) LETZGUS, Vorstufen, 183.

tados, la falta de seriedad en uno de los aportes hace que desaparezca el hecho unitario objetivamente peligroso. No es que el agente provocador deba quedar exento de pena por que carezca del dolo de consumir el hecho principal -como cree la generalidad de la doctrina alemana y entre nosotros CUELLO CONTRERAS(39)- sino que ya previamente su presencia en el concierto hace que desaparezca el compromiso criminal de cuya seriedad y mutua dependencia surge el momento objetivamente peligroso; y si éste no existe, falta el fundamento de la pena en la conspiración a delinquir. Para nada interesa ya analizar si el dolo del agente provocador capta o no la consumación del hecho sobre el que versa la conspiración. Según se dijo, y esta es la primera vez que así resulta, el problema del agente provocador no debe ser remitido tanto al ámbito del dolo como al del tipo de lo injusto.

Tampoco sería acertado pensar que el agente provocador queda exento de responsabilidad criminal debido a un posible arrepentimiento seguido de un desistimiento de ejecutar el delito proyectado. Entiendo que difícilmente puede arrepentirse y desistir quien desde un principio carece de intención de cometer un delito.

Por último cabe hacerse la siguiente pregunta: ¿podría resultar responsable criminalmente el agente provocador por haber inducido o auxiliado a que otros sujetos se conciertan para ejecutar un delito? La contestación debe ser negativa, a menos que se considere a la conspiración como un delito sui generis, tesis que se ha rechazado. La conspiración, conviene insistir en ello, es un acto preparato-

(39) Cfr. CUELLO CONTRERAS, La conspiración, 57 y 131.

rio que es preciso conectar directamente con los tipos de la parte especial. En consecuencia, no se puede participar en un hecho no principal, y por ello es imposible considerar relevante a efectos penales un comportamiento que no va referido sistemática y funcionalmente a un tipo de la parte especial, sino a un precepto cuya misión es ampliar la pena.

III.- Proposición a delinquir y agente provocador.

Según el párrafo segundo del art. 4 del Código penal, la proposición a delinquir existe cuando el que ha resuelto cometer un delito invita a otra u otras personas a ejecutarlo.

La estructura de la proposición criminal del art. 4 está basada, del mismo modo que la conspiración, en el principio prejurídico de la división del trabajo. Requiere, por tanto, una interdependencia funcional entre todos los que de aceptar la propuesta, irían a tomar parte en un hecho de cuya contribución conjunta surge el todo unitario.

A esta conclusión se llega cuando se tiene en cuenta el proceso que caracteriza la conducta del proponente. Por exigencia del Código penal, el proponente en el momento de invitar a otro u otros a ejecutar el delito debe estar ya resuelto a cometerlo. Esto quiere decir que es preciso que esté dispuesto a realizar el hecho de propia mano, por lo que no será proponente quien al pretender captar la vo-

luntad de otro lo hace buscando motivos para decidirse el mismo a llevar a cabo el delito. Pero significa algo más. Solamente se puede comprender que alguien que está dispuesto a cometer un delito invite a otros a ejecutarlo, cuando el plan de ejecución trazado nada más es viable con el concurso de otras personas. Aquí es donde radica la esencia de la proposición criminal del art. 4. Para fundamentar la pena en la proposición no juegan meros criterios subjetivos, como sería castigar la exteriorización del deseo de cometer un delito, sino que se requiere que se haga una invitación a otra u otras personas para ejecutar un delito; y se hace porque no obstante estar el proponente resuelto a realizarlo con sus manos, sólo es posible su ejecución con la ayuda de otros. Estamos, como indica RODRIGUEZ DE VESA, ante "un proyecto de ejecución conjunta" (40). De otro modo resulta incomprensible por qué la persona que ya está dispuesta a realizar un hecho, busca la cooperación ajena.

La invitación, por tanto, debe hacerse no para participar en el comportamiento del proponente, sino para ejecutar conjuntamente el delito. De ahí que no sea suficiente para que la proposición cobre vida invitar a contribuir con otros aportes que no sean estrictamente de ejecución conjunta del delito. De igual forma que sucedía con la conspiración, en base a una interpretación sistemática el valor que hay que dar en el párrafo segundo del art. 4 a la expresión "invita a otro a ejecutarlo", es el

(40) RODRIGUEZ DE VESA, Derecho penal español. Parte general, 657.

de exigir que la proposición se haga para contribuir con actos ejecutivos en sentido técnico. No es, por tanto, su suficiente invitar a realizar actos de participación (cooperación necesaria, complicidad...). El partícipe no ejecuta el delito, sino que contribuye a realizar el hecho que ejecuta otro(41). Consecuentemente se debe invitar a realizar un comportamiento directamente subsumible en el tipo de la parte especial o a través del número primero del art. 14.

Al mismo resultado se llega cuando se aprecia la estructura de la proposición. La dependencia funcional de los distintos aportes que habrían de formar el todo, sólo puede predicarse de aquellos que intervienen directamente en la ejecución del hecho principal. El resto de los comportamientos nada más cobran vida una vez que existe una conducta ajena al que referirlos.

Este planteamiento queda confirmado si tenemos en cuenta que de aceptarse la propuesta criminal, el hecho pasaría a ser, tal como reconoce generalmente la doctrina, una conspiración(42). Con ello no se quiere decir que toda conspiración criminal pase por la fase previa de una proposición, sino sólo aquellas en las que uno de ellos ya está de antemano resuelto a cometer un delito, y ante la imposibilidad de su ejecución recaba ayuda ajena, para, a su vez, resolver todos ejecutar conjuntamente el delito. Por eso es esencial para que exista proposición que se rechace la invitación. En consecuencia, si la proposición aceptada

(41) Cfr. RODRIGUEZ MOURULLO, en Comentarios, I, 172 s.

(42) Cfr. RODRIGUEZ DEVESA, Derecho penal español, Parte general, 657; QUINTANO, Curso, I, 225. En contra CUELLO CONTRERAS, La conspiración 175 s.

se convierte en conspiración, previamente hay que admitir que la propuesta se hizo para ejecutar conjuntamente el delito, requisito sin duda exigido por la conspiración.

Lo injusto que fundamenta la pena en la proposición a delinquir del párrafo segundo del art. 4, se deriva del especial peligro resultante del hecho de pretender captar la voluntad ajena por quien ya está resuelto a ejecutar el delito, pero precisa de la contribución de otros para la ejecución conjunta del mismo. No se tiene en cuenta solamente el momento subjetivo representado por la exteriorización de una propósito criminal; se exige la presencia de un peligro objetivo que resulta de la invitación que se hace a quien de su aceptación depende la ejecución misma del delito propuesto. La interdependencia funcional requerida por el plan de ejecución entre proponente y la persona a quien se hace la proposición, hace necesaria la contribución del segundo. Este último es la pieza que completa el todo, y en ello radica el especial peligro para el bien jurídico afectado. Con la invitación el plan ejecutivo abriga esperanzas de viabilidad. Sin la invitación el proponente deberá renunciar a llevar a cabo el delito proyectado.

De lo que se acaba de exponer se deduce que el peligro que fundamenta la pena en la proposición está más en función de la persona a quien se hace la propuesta que del propio proponente. Y justo es que sea así, pues hay que rechazar todo criterio que base la responsabilidad criminal en la mera exteriorización de un propósito delictivo. No es suficiente la voluntad mala demostrada por la persona

que está dispuesta a cometer un delito e invita a otro a ejecutarlo; es preciso que de la invitación se derive un peligro objetivo para el bien jurídico afectado. Tal peligro solamente surge, en primer lugar, cuando el proponente esté resuelto a ejecutar de propia mano el delito y además los medios utilizados para captar la voluntad ajena revisten suficiente grado de idoneidad para persuadir el requerido(43); en segundo lugar, cuando la persona a quien se practica la invitación para ejecutar el delito, es la pieza que completa el todo unitario. Por tanto la persona del proponente y la persona a quien se hace la proposición de ejecución conjunta, deberán reunir las condiciones adecuadas al tipo afectado.

Con respecto al problema del agente provocador, existe una incompatibilidad plena entre el comportamiento que caracteriza a éste y la estructura que configura la proposición a delinquir. La proposición requiere que el proponente esté resuelto a cometer el delito ya cuando practica la invitación. Este requisito no es posible apreciarlo en la conducta del agente provocador, pues aun cuando aparentemente invitase a otro a ejecutar un delito, su propósito es el de evitar que se alcance el desvalor que fundamenta lo injusto del hecho. Consecuentemente, no cabe decir del agente provocador que esté resuelto a cometer el delito(44). La imposibilidad de fundamentar una responsabilidad criminal a cargo del agente provocador no solamente deriva de

(43) Cfr. RODRIGUEZ MOURULLO, en Comentarios, I, 172.

(44) En el mismo sentido RODRIGUEZ MOURULLO, en Comentarios, I, 170 s.

la ausencia de una voluntad mala, sino también de que su conducta no origina peligro alguno para el bien jurídico afectado al no existir, en realidad, un proyecto de ejecución conjunta. Por otro lado, parece en cierto modo absurdo plantearse si en algún caso el agente provocador se sirve para lograr su objetivo de una conducta de proposición, pues tal como está concebida en el Código penal, de hacerse alguien acreedor a una pena lo será el proponente, pero no el sujeto a quien se hace la propuesta y la declina.

Es posible, no obstante, que el agente provocador, precisamente con el fin de obtener el castigo del provocado o los provocados, aparezca como un proponente no de la ejecución de un delito, sino de una conspiración; es decir, propone a otros que se concierten para ejecutar un delito. Si la intervención del agente provocador se limita a captar la voluntad de otros para que conspiren en los términos del párrafo primero del art. 4, hay que recordar lo que se dijo anteriormente: la conspiración no es portadora de un bien jurídico autónomo por lo que no es posible una proposición para conspirar. La proposición debe ir referida directamente a los tipos de la parte especial, y el proponente debe estar resuelto a cometer un delito. Si la intervención del agente provocador no se reduce a practicar una aparente proposición, sino que además tras la aceptación de su propuesta se conciertan aparentemente todos para ejecutar conjuntamente el supuesto delito, hay que remitirse a lo que se expuso con relación a la conspiración: la presencia de un agente provocador hace que quiebre la estructura de la misma.

En el supuesto de que el agente provocador fuere una proposición ajena, en la que aparece como la persona requerida por el proponente, precisamente para lograr que éste se haga responsable criminalmente, de nuevo viene a confirmarse el punto de vista que se mantiene en estas páginas: la inidoneidad de la persona a quien se hace la proposición para ejecutar conjuntamente con el proponente el delito, hace que desaparezca el peligro objetivo fundamentador de la pena. A esta conclusión hay que llegar porque tanto el proponente como la persona a quien se invita deben reunir los requisitos necesarios para que cobre vida el proyecto de ejecución conjunta. Si la persona a quien se invita a ejecutar el delito, apriorísticamente es imposible persuadirla para que se sume al plan de ejecución, caso del agente provocador, desaparece el momento objetivo fundamentador de la pena. El supuesto proponente sólo habrá demostrado un propósito de delinquir impune.

En la doctrina alemana los monografistas del tema han tratado con alguna extensión los diferentes supuestos de agente provocador referibles al antiguo parágrafo 49a del StGB. Las hipótesis planteadas son cuatro: requerir a un tercero para que cometa un delito, aceptación por parte del tercero de este requerimiento, ofrecerse uno a sí mismo para cometer un delito, aceptación de este espontáneo ofrecimiento.

La atención se fija, al igual que hoy hace la doctrina con respecto a los comportamientos previstos en el parágrafo 30 del StGB(45), en la seriedad o falta de seriedad

(45) Cfr. LETZGUS, Vorstufen, 182s.; SAMSON, en Systematischer Kommentar, I, 251 s.

con que se lleva a cabo cada una de las conductas. De este modo HEILBORN, SINGEWALD, DEUBERT, BEKZADIAN, KOSTERLITZ, y JOHANNIEMANN, consideran que el agente provocador incurre en responsabilidad criminal cuando el requerimiento que hace a otro para que cometa un delito presenta exteriormente la hechura de haber sido formulado seriamente(46). La nota discordante la ofrece KATZENSTEIN quien considera que el parágrafo 49a del StGB exige, en todo caso, que el requerimiento se efectúe con seriedad, y desde el momento en que el agente provocador no quiere la consumación del delito, su propuesta carece de base real y en consecuencia no es punible(47). Por el contrario si el agente provocador acepta el requerimiento para cometer un delito que le hace otra persona, en opinión de SINGEWALD y JOHANNIEMANN, su aceptación no es punible, pues carece de toda peligrosidad(48). Del mismo modo carece de peligrosidad, indican HEILBORN, SINGEWALD y JOHANNIEMANN, la conducta del agente provocador que se ofrece para cometer un delito(49). Por último la aceptación por parte del agente provocador del espontáneo ofrecimiento que le hace un tercero de estar dispuesto a cometer un delito, es punible, indican SINGEWALD y JOHAN-

(46) HEILBORN, Der agent provocateur, 108 s.; SINGEWALD, Der agent provocateur, 112; DEUBERT, Der agent provocateur, 29 s.; BEKZADIAN, Der agent provocateur, 120 s.; Kosterlitz, L'agent provocateur, 25; JOHANNIEMANN, Die Strafbarkeit des Spitzels, 104 s.

(47) KATZENSTEIN, "Der agent provocateur", 435.

(48) SINGEWALD, Der agent provocateur, 113; JOHANNIEMANN, Die Strafbarkeit des Spitzels, 107.

(49) HEILBORN, Der agent provocateur, 110; SINGEWALD, Der agent provocateur, 113 y 120; JOHANNIEMANN, Die Strafbarkeit des Spitzels, 107.

NIEMANN, si presenta externamente las condiciones exigidas de seriedad(50).

IV.- Provocación a delinquir y agente provocador.

La provocación a delinquir está prevista en el párrafo tercero del art. 4 en los siguientes términos: La provocación existe cuando se incita de palabra, por escrito o impreso, u otro medio de posible eficacia, a la perpetración de cualquier delito. Si a la provocación hubiere seguido la perpetración del delito, se castigará como inducción.

la estructura de la provocación a delinquir difiere en gran medida de la que tienen los otros dos actos preparatorios anteriormente examinados. Mientras la conspiración y proposición a delinquir deben ser consideradas como acciones preparatorias de una coejecución del delito, la provocación es una acción preparatoria de una participación en el delito. Esta circunstancia hace que la estructura de la conducta provocadora presente ciertos puntos en común con la inducción del art. 14 número 2. Tanto el provocador como el inductor no están resueltos a ejecutar de propia mano el delito, sino solamente a suscitar en otro la resolución de llevarlo a cabo. Por eso CUELLO CALON consideró a la provocación como una modalidad de inducción frustrada(51), y QUINTANO, de igual modo, como una inducción no seguida de efecto(52). En apoyo de esta tesis po

(50) SINGEWALD, Der agent provocateur, 112s.; JOHANNIEMANN, Die Strafbarkeit des Spitzels, 109.

(51) CUELLO CALON, Derecho penal, Parte General, 17ª ed. 640.

(52) QUINTANO, Curso, I, 226; EL MISMO, Comentarios, 60.

dría pensarse que viene lo dispuesto en el último párrafo del art. 4 según el cual cuando a la provocación sigue la perpetración del delito, aquélla se castiga como inducción.

Frente a este planteamiento cabe oponer las siguientes observaciones.

En primer lugar, la naturaleza de la inducción y de la provocación responde a puntos de vista diferentes. Mientras la inducción significa una efectiva participación en el hecho ajeno, la provocación no pasa de ser un acto preparatorio. La inducción para que sea punible precisa de la existencia de un hecho principal realizado por otro su jeto y que suponga al menos un principio de ejecución del delito. De ahí que no pueda someterse a una pena no sólo el acto de inducción no aceptado (tentativa de inducción), sino incluso el aceptado pero no seguido de un principio de ejecución (inducción fracasada). La inducción es, por tanto, participación en el hecho que otra persona realiza. Lo injusto de la inducción sólo surge cuando existe un hecho principal típicamente antijurídico del que derivarlo. Por el contrario la provocación del párrafo tercero del art. 4 no solamente prescinde de la presencia de un hecho principal ajeno, sino también de si se ha llegado o no a captar a través de la incitación delictiva la voluntad ajena. Simplemente tiene en cuenta la posible eficacia del medio empleado para hacer nacer la resolución delictiva en otra persona.

En segundo lugar, la inducción ha de ser directa, según la exigencia del n. 2 del art. 14; es decir, el medio empleado para hacer surgir la determinación de delinquir

debe ser de captación directa(53). Pero de esta última circunstancia no se puede deducir que la eficacia instigadora de la inducción frente a la provocación es de mayor entidad vinculante, pues se incurre en la contradicción de tratar mucho más severamente a aquellas acciones de las que se predica su menor entidad vinculante(54). Sucedería de acuerdo con este criterio que no obstante la menor entidad vinculante de la incitación utilizada por la provocación, ésta resulta punible si el medio empleado es de posible eficacia, en tanto que en la inducción a pesar de emplear un medio de mayor eficacia vinculante, para que la conducta del inductor sea punible se exige que se llegue a determinar a la voluntad ajena y además que se de principio, cuando menos, a la ejecución del delito.

Creo por este motivo que el centro de gravedad para establecer una distinción entre inducción y provocación ha de buscarse en el carácter y naturaleza de la incitación mediante la cual se practica la provocación a delinquir. Mientras la inducción requiere servirse de un medio de captación directo, según expresa el art. 14 n. 2, la provocación prevista en el art. 4 párrafo tercero solamente tiene en cuenta la posible eficacia incitadora del medio empleado. Esto quiere decir que el medio en sí a través del cual se realiza la incitación, debe ser determinante de la pena en la provocación.

(53) Cfr. RODRIGUEZ DEVESA, Derecho penal español. Parte general, 685; ANTON ONECA, Derecho penal, 405.

(54) Cfr. RODRIGUEZ MOURULLO, en Comentarios, I, 182.

Lo injusto en la inducción se deriva de la contribución prestada para el ataque al bien jurídico del hecho principal. De ahí la necesidad tanto de que otra persona proceda por lo menos a realizar un principio de ejecución del delito objeto de la conducta inductora, como de que no sea suficiente la simple captación de la voluntad ajena. Por el contrario en la provocación a delinquir, en principio, se prescinde tanto de la efectiva captación, como de si ha dado lugar a la realización de un hecho principal. El fundamento de la pena no deriva de la participación en un hecho ajeno típicamente antijurídico. Lo injusto de la provocación a delinquir resulta del peligro objetivo que entraña la posible eficacia del medio empleado para realizar la incitación delictiva. Con razón RODRIGUEZ DEVESA, en atención a consideraciones de orden histórico, indica que la provocación requiere la utilización de medios públicos(55).

El carácter objetivamente peligroso del medio que se emplea para captar la voluntad de otro ha de consistir -frente al medio directo de captación de la inducción- en la proyección indiscriminada e incontrolable del mismo. Estas precisiones vienen a confirmar el carácter preparatorio de las acciones de provocación, frente a la naturaleza accesoria de la inducción. De ahí que la provocación, sistemática y funcionalmente, deba ir referida directamente a los tipos de la parte especial. El fundamento de la pena emana del peligro objetivo que entraña el propio acto incitador. Por el contrario la inducción sistemática y

(55) RODRIGUEZ DEVESA, Derecho penal español. Parte general, 689.

funcionalmente sólo se conecta con los tipos de la parte especial a través del comportamiento típicamente antijurídico de otra parsona. Por ello no creo que sea acertado decir que la provocación a delinquir debe ser considerada como una especie de participación anticipada dependiente de un hipotético hecho principal. La provocación es, a lo sumo, un acto preparatorio de una participación.

La provocación resulta punible, por consiguiente, con independencia de la mayor o menor entidad vinculante de la incitación y de si se ha llegado o no a determinar a alguien a delinquir, debido a la peligrosidad objetiva del medio de captación elegido para mover a la voluntad ajena a cometer un delito. Mientras la inducción requiere de un medio directo y eficaz, el de la provocación ha de ser de proyección indiscriminada, siendo suficiente su posible eficacia. Sin embargo, como señala RODRIGUEZ NOURULLO, nada impide que de acuerdo con el propósito del provocador la persona del destinatario sea una en concreto(56). Lo decisivo es que por la indiscriminada proyección del medio utilizado, pueda resultar eficaz para mover a delinquir, de forma indiscriminada, la voluntad ajena. Ahí es donde radica el fundamento de la pena. La pretensión del párrafo tercero del art. 4 no es evitar la corrupción del posible provocado, sino apartar posibles riesgos de lesión para los bienes jurídicos afectados por la conducta provocadora.

Cuando la incitación practicada, a través de un medio objetivamente peligroso debido a su indiscriminada e incon

(56) Cfr. RODRIGUEZ NOURULLO, en Comentarios, I, 182.

trolable proyección, logra captar la voluntad de alguien y se traduce en unos actos de ejecución, el legislador ha establecido, mediante una técnica legislativa confusa, el criterio que ha de seguirse en orden a la pena que corresponde imponer. Se ha dicho que el fundamento de la pena en la provocación consiste en el especial peligro que deriva para el bien jurídico afectado. Si se llega a captar la voluntad de un sujeto, y éste procede a ejecutar el delito objeto de la provocación, la peligrosidad fundamentadora de la pena ha desaparecido como categoría conceptual, pues ya no existe riesgo de lesión para ese bien jurídico en concreto: lo que existe es una efectiva lesión del mismo. Supondría un auténtico contrasentido pretender castigar ahora al que ha realizado la provocación, alegando motivos de peligrosidad. Justo es que quien ha provocado esa lesión, por razones de justicia material y de técnica legislativa, se le imponga igual pena a la señalada en el art. 14 a la inducción. Pero se insiste en que la naturaleza de la inducción y la de la provocación responden a criterios sistemáticos distintos, por lo que no es acertado decir que la provocación se transforma en inducción. Simplemente se castiga con la pena prevista en el art. 14 para la inducción (57).

A título de ejemplo el Código penal cita en el párrafo tercero del art. 4 como medios propios de practicar la provocación, la palabra, el escrito o el impreso, y finalmente generaliza apelando a cualquier otro medio de posible eficacia. Tal grado de eficacia nada más puede estar en

(57) En el mismo sentido RODRIGUEZ DEVESA, Derecho penal español. Parte general, 689; RODRIGUEZ MOURULLO, en Comentarios, I, 188 s.

función del instrumento utilizado. De ahí que para poder hablar de provocación en los términos en que lo hace el art. 4, ésta debe encerrar una objetiva calidad incitadora capaz de determinar incontrolada e indiscriminadamente a alguien a cometer el delito objeto de la provocación. Las incitaciones públicas, pero con una eficacia incitadora conocida sólo por una persona o un círculo de personas previamente advertidas, carecen de la peligrosidad objetiva fundamentadora de la pena en la provocación. Por eso hay que insistir en que cualquiera que sea la intención que anima al provocador, el peligro objetivo para el bien jurídico está en función del carácter de la incitación, por ello es indiferente que se llegue o no a persuadir a alguien de que cometa de hecho el delito.

De la propia estructura de la conducta provocadora se deduce que es preciso que el hecho provocado aparezca individualizado al menos en sus caracteres generales(58). Una incitación a delinquir en general, no fundamenta peligro objetivo alguno para un determinado bien jurídico. Revelaría una simple voluntad mala. Por otra parte las dificultades para determinar la pena serían insalvables.

Por último la provocación exige que se incite a perpetrar un delito, por lo que no es posible que aquella vaya dirigida a otros actos que no sean de ejecución en sentido técnico(59). No se puede provocar a realizar un comportamiento de cooperación necesaria, o de complicidad...

(58) En igual sentido SCHÖNKE-SCHRÖDER-ESER, Strafgesetzbuch, 914, con relación al parágrafo 111 del StGB alemán (incitaciones públicas a delinquir).

(59) Cfr. RODRIGUEZ MOURULLO, en Comentarios, I, 184.

Se insiste en que la provocación a delinquir exige que se conecte sistemática y funcionalmente el comportamiento del sujeto con un tipo de la parte especial.

Una vez examinados los principales problemas que plantea la provocación a delinquir, se pasa a exponer sus conexiones con el tema del agente provocador.

Los distintos supuestos que cabe remitir a la provocación a delinquir son los siguientes:

- El agente provocador aparentemente practica una actividad incitadora prevista como provocación a delinquir.
- El agente provocador aparece como la persona del presunto autor, al haber sido aparentemente captada su voluntad por la incitación, y procede a realizar actos ejecutivos (agente provocador al revés).
- El agente provocador contribuye con una actividad para que otro, a su vez, realice actos de provocación (provocación en cadena); o contribuye con una actividad de participación (induce, auxilia...) para que otro provoque a delinquir en los términos del párrafo tercero del art. 4.

Por de pronto hay que adelantar que al igual que sucede con los dos actos preparatorios anteriormente analizados, existe una cierta incompatibilidad entre el comportamiento que caracteriza al agente provocador y la provocación a delinquir del párrafo tercero del art. 4. Esta requiere, desde el punto de vista del dolo, que la incitación se realice con el propósito de que otro perpetre un delito,

es decir, de que lo consume. Por este motivo se dice que el dolo de la provocación a delinquir exige una doble dirección (Doppelvorsatz): el dolo del sujeto debe ir referido no sólo al acto en sí de la provocación, sino también a la consumación del hecho principal(60).

Ciertamente que el agente provocador no quiere que tenga lugar la consumación del hecho principal, en cuanto que su voluntad no aspira a que se alcance el desvalor que fundamenta lo injusto del delito afectado por su conducta. Pienso, no obstante, que la verdadera y primera causa por la cual el agente provocador queda exento de pena, no es la carencia del dolo requerido, sino que su comportamiento no fundamenta lo injusto que motiva la extensión de la pena en la provocación a delinquir del art. 4 párrafo tercero.

Interesa por ello ya adelantar en este momento que por lo común la doctrina penal acude a generalizaciones inadecuadas cuando sostiene, por ejemplo, que si el agente provocador no quiere la consumación no puede ser castigado(61). A esta conclusión se llega porque se parte del apriorismo de que todo aquel sujeto al que se le nomina agente provocador carece, sin más, del dolo de consumación. Por el contrario considero que lo correcto es seguir una vía metodológica inversa: un sujeto adquiere la condición de agente provocador cuando reúne una serie de requisitos constatables tras un análisis de su comportamiento. Por ello la certeza de si carece o no del dolo de consumir el hecho, debe ser el resultado y nunca el presupuesto.

(60) Cfr. RODRIGUEZ MOURULLO, en Comentarios, I, 184.

(61) Cfr. BAUMANN, AT, 511; STRATENWERTH, AT, 250; SAMSON, en Systematischer Kommentar, I, 231.

Por tal motivo me parece una burda generalización afirmar que si un sujeto realiza una conducta de incitación a delinquir en los términos del párrafo tercero del art. 4, debe quedar exento de pena cuando carezca del dolo de consumación. Ciertamente que quizá pueda decirse que el sujeto no quiere con dolo directo la perpetración del hecho principal, pero no es menos cierto que en la teoría del dolo se consideran como resultados captados por éste aquellos que aparecen como necesariamente unidos al comportamiento realizado (dolo de segundo grado), aunque seguramente no eran deseados(62). Todavía menos exigente es el dolo eventual, donde el nexo psíquico entre el comportamiento y resultado producido es más que dudoso(63). Por todo ello hay que convenir en que la simple voluntad interna de no querer la consumación no es bastante para eximir de responsabilidad criminal al individuo que objetivamente realiza una provocación a delinquir a través de un medio de captación generalizado e incontrolable de posible eficacia. Ya se ha dicho, y conviene reiterarlo, que no es suficiente para calificar un comportamiento como de agente provocador, la presencia interna de un momento volitivo orientado a evitar el desvalor que fundamenta lo injusto del delito efectuado. Se requiere que dicho momento volitivo se traduzca externamente en la mecánica instrumental con la que opera el agente provocador. No basta que internamente quiera evitar la consumación del delito, sino que es preciso la inser

(62) Cfr. RODRIGUEZ DEVESA, Derecho penal español. Parte general, 396.

(63) Cfr. Enrique GIMBERNAT ORDEIG, "Acerca del dolo eventual", en Estudios de Derecho penal, Madrid, 1976, 142 ss.

ción de factores que traten de hecho de evitar que se alcance el desvalor del resultado. Por ello por regla general el agente provocador ha previsto que la lesión o puesta en peligro del bien jurídico no se produzca. Sólo en casos así es posible decir, siguiendo una vía de regreso, que el sujeto no quiere la consumación del delito. Pero entonces la causa por la cual el agente provocador queda exento de responsabilidad criminal no es que carezca del dolo exigido, sino que previamente su conducta no origina la injusto que fundamenta la imposición de una pena. La constatación de si obra o no dolosamente aparece como in necesaria no existiendo un comportamiento típicamente an tijurídico al que referir el dolo.

De lo que se acaba de decir se deduce que cuando un individuo objetivamente realiza una provocación a delinquir de acuerdo con los requisitos del párrafo tercero del art. 4, no será suficiente para excluir su responsabilidad criminal que internamente no desee que se perpetre el delito(64). Es necesario que la ausencia de voluntad de consumación se traduzca externamente en la mecánica ins trumental con la que realiza la actividad aparentemente in citadora, o en las medidas tomadas para evitar todo riesgo de lesión al bien jurídico. Cuando tal suceda, ciertamente que los actos del agente provocador no fundamentan la extensión de la pena contenida en el art. 4 párrafo tercero. Y no la fundamentan porque lo injusto de la provocación de riva del peligro que entraña para el bien jurídico la posi

(64) Cfr. SCHÖNKE-SCHRÖDER-ESER, Strafgesetzbuch, 915, quienes al comentar el parágrafo 111 del StGB alemán (incitaciones públicas a delinquir) consideran que el agente provocador debe ser castigado de acuerdo con dicho precepto incluso aunque esté resuelto a evitar a su debido tiem po la consumación.

ble eficacia de la incitación a delinquir practicada. Si el agente provocador elimina de antemano tal posible riesgo de lesión, desaparece el fundamento de la pena.

Puede ocurrir, sin embargo, que a pesar de las medidas precautorias tomadas, la incitación practicada logre captar la voluntad ajena y un sujeto proceda a realizar un delito. A este respecto hay que decir que una provocación culposa, aunque conceptualmente pueda adaptarse, no tiene cabida en la sistemática de nuestro Código penal. Ya se ha dicho que la provocación a delinquir del art. 4, requiere una doble proyección en el dolo. Por ello una provocación a delinquir culposa es inimaginable dentro del art. 4.

La única vía posible para tomar en cuenta un comportamiento que provoca la perpetración de un delito por parte de un tercero, apesar de haberse adoptado las medidas de garantía pertinentes, es acudir al pensamiento de la injerencia(65). De este modo habría que entender que el agente provocador al incitar a delinquir asume el riesgo que su conducta comporta y se convierte en garante de que el resultado no se produzca. Si éste tiene lugar, respondería de él en comisión por omisión.

Conviene advertir, con todo, que las serias objeciones últimamente formuladas contra el pensamiento de la injerencia(66), y sobre todo la improcedencia de operar con

(65) Cfr. RODRIGUEZ DEVESA. Derecho penal español. Parte general. 329 s.

(66) Cfr. Enrique BACIGALUPO, "Conducta precedente y posición de garante en el Derecho penal", en Problemas actuales de las Ciencias penales y la Filosofía del Derecho (en homenaje al Profesor Luis Jiménez de Asúa), Buenos Aires, 1970, 105 ss.; Gonzalo RODRIGUEZ MOURULLO, "El delito de omisión de auxilio a víctima", en Anuario, 1973, 510 ss.

una culpabilidad subsequens, obliga a tener bien presente que no es posible apreciar en la voluntad del agente provocador un contenido orientado a producir el desvalor que fundamenta lo injusto del delito, sino todo lo contrario: quiere impedir, a toda costa, y con ese fin introduce medidas precautorias, que se produzca la lesión o puesta en peligro del bien jurídico.

El segundo supuesto planteado tiene lugar cuando el agente provocador prodse en apariencia a realizar el delito, con el fin de que el incitador sea castigado con la pena de la inducción, pues de forma simulada ha sido captada su voluntad por la incitación a delinquir. Tal caso no presenta mayores dificultades: está claro que los posibles actos realizados por el agente provocador carecen de toda seriedad para ser considerados como de ejecución. No es posible, por tanto, sustanciar una responsabilidad criminal a cargo de éste.

Por fin en los casos de la tercera especie no es factible configurar una provocación en cadena. La primera provocación ya encierra los componentes conceptuales que dan vida a la provocación a delinquir, el requerir la individualización de un delito y la utilización de un medio de captación de posible eficacia. La solución del supuesto habría que remitirla a lo que se dijo anteriormente.

Tampoco es posible apreciar una inducción o un auxilio a una provocación a delinquir del art. 4 párrafo tercero. Se ha dicho en varias ocasiones que los compartamientos de participación deben ir referidos a un hecho principal ajeno. El contenido de injusto lo reciben del hecho típica-

mente antijurídico que realiza otra persona. Tal hecho principal es lo que falta precisamente en la provocación a delinquir al ser un acto preparatorio.

Mayores dificultades plantea el caso en que se logra captar la voluntad de un tercero y éste procede a realizar el delito. ¿Cabría decir que hay una inducción a una provocación, seguida de la ejecución del delito? La respuesta debe ser negativa. Hay que reiterar que la inducción exige la conexión directa con el hecho principal ajeno. De ahí las dificultades que plantea la admisión en nuestro sistema penal de la inducción en cadena(67). A lo sumo lo que podría ceptarse en el caso de que un sujeto hiciese nacer en otro la resolución de provocar a delinquir en los términos del art. 4 párrafo tercero, y un tercero realizase el delito, es un auxilio psíquico(68). Con relación al problema del agente provocador la principal cuestión que surge para apreciar un auxilio es si en atención a las particulares características que configuran su conducta, podría hablarse de una efectiva prestación de ayuda, o por el contrario desde el momento en que quiere evitar todo riesgo al bien jurídico y con ese fin interviene oportunamente, sólo en apariencia contribuye con un acto de auxilio. Del problema me ocupo más extensamente al estudiar el auxilio y el agente provocador.

(67) Cfr. GIMBERNAT, Autor y cómplice, 331s.; RODRIGUEZ MOURULLO, en Comentarios, I, 862.

(68) Cfr. más adelante p. 440 ss.

CAPITULO TERCERO

LA AUTORIA CRIMINAL Y EL AGENTE PROVOCADOR

I.- Planteamiento general del problema.

La doctrina penal acostumbra a relacionar la conducta del agente provocador con la participación criminal en sentido estricto, y más concretamente con la inducción. Tal referencia viene justificada, desde un punto de vista semántico, por la indudable conexión que guarda el término provocador con un comportamiento incitador, y éste a su vez con la inducción. Sin embargo ya se ha dicho en páginas atrás que la conducta provocadora no necesariamente debe manifestarse a través de un comportamiento incitador. Por ello la conducta del agente provocador puede situarse en el extremo opuesto, y así desplegar su acción provocadora sirviéndose de alguna de las formas de actuar que en la sistemática del Derecho penal se consideran de autoría. Por tal motivo, de nuevo conviene advertir que la denominación agente provocador no puede reconducirse a un determinado proceder criminal de modo exclusivo, sino que con independencia de la actividad que se desarrolle, bajo dicha expresión se da cabida a todos aquellos comportamientos caracterizados por presentar una misma composición estructural: la condición de agente provocador resulta, de este modo,

de la estructura contradictoria de los actos del sujeto que sin voluntad de producir el desvalor que fundamenta lo injusto del delito afectado, interviene en la empresa criminal con el fin de que otro copartícipe se haga acreedor a una pena. De ahí que KARGE haya señalado, a este respecto, que hoy puede considerarse superada la idea que vincula necesariamente el comportamiento del agente provocador con una actividad inductora o instigadora(1). Por este motivo cabe decir que la expresión agente provocador sufre un cambio semántico(2) al haber sido incorporada al sistema penal. A consecuencia de ello varía el significado que adquiere en lenguaje común y pasa a servir, en el marco del Derecho punitivo, de denominador común a todos aquellos comportamientos que, con independencia de la valoración dogmático penal que reciba (autoría, inducción, cooperación necesaria...), presentan la estructura a la que se acaba de hacer mención. Nada se opone, por ello, a que el agente provocador ponga en práctica una actividad constitutiva de alguno de los comportamientos que el sistema del Derecho penal considera de autoría.

(1) KARGE, Der agent provocateur, 18, expresamente hace alusión a la posibilidad de que el agente provocador actúe a título de autor o cómplice.

(2) Por cambio semántico se entiende en lingüística la variación de significado que experimenta una palabra como consecuencia de distintas causas. Entre éstas se citan: causas lingüísticas, históricas, psicológicas, y sociales. De estas últimas interesa destacar, cómo debido a la especialización del significado, es frecuente que una palabra del habla común, en el lenguaje científico posea un valor semántico totalmente diferente. Este es el caso de la expresión agente provocador en el marco del Derecho penal. Cfr. sobre la materia relativa al cambio semántico, Stephen ULLMANN, Semántica. Introducción a la ciencia del significado, 2ª ed. Madrid, 1972, 218 ss.

No han sido muchas las ocasiones en las que la literatura jurídico penal se ha manifestado sobre la posibilidad de reconducir a la autoría criminal el comportamiento del agente provocador, o sobre cual habría de ser, a la hora de indagar su posible responsabilidad criminal, el tratamiento más conforme con los principios de la dogmática del Derecho penal. KOHLER hacía alusión a los supuestos de agente provocador al revés cuando éste aparentemente actuaba a instancias de un instigador que le incitaba a cometer un delito, pero en realidad su comportamiento nada más perseguía que el propio incitador se hiciese acreedor a una pena(3). Del mismo modo DOPFFEL toma en cuenta, como casos de agente provocador (al revés), aquellos semejantes a los del servo corrupto, cuyo origen se remonta a las fuentes del Derecho romano y fué objeto de viva polémica entre Gaiyo y Justiniano(4). En todos estos supuestos nos encontramos ante una situación en la que el agente provocador no es el promotor de la conducta principal, sino todo lo contrario: es el receptor de la incitación. Sin embargo su condición de agente provocador no se puede poner en duda, pues con su aparente contribución en el hecho criminal solamente persigue que el incitador se haga acreedor a una pena, y, además, en su voluntad no es posible encontrar un contenido orientado a producir el desvalor que fundamenta lo injusto del hecho afectado. Cuando Ticio persuade al siervo de Mevio para que sustraiga algunas cosas de su

(3) Cfr. KOHLER, Studien, I, 126.

(4) Cfr. DOPFFEL, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des agent provocateur, 124 ss.

dueño y se las lleve, pero el siervo fiel se lo comunica a su amo, y éste, con el fin de sorprender en flagrante delito al incitador, permite que el siervo tome algún objeto, está claro que el comportamiento del siervo no fundamenta una acción típicamente antijurídica(5). Pero tampoco puede ponerse en duda que aun cuando el siervo no sea el promotor del hecho, sí es el provocador del objetivo perseguido por su amo. En definitiva, también puede ser agente provocador quien no suscita inicialmente el hecho principal, pero reúne las características conceptuales que le configuran como tal en el sistema del Derecho penal.

Otro tanto hay que decir con la coautoría criminal. Tanto KERGE como KÜPER y anteriormente DOPFFEL o BEKZADIAN, reconocen que en no pocas ocasiones el agente provocador obrará en aparente comunión con otras personas a fin de poner al descubierto sus actividades criminales(6). En particular se alude al caso del agente provocador, normalmente un funcionario de policía o un individuo que actúa en connivencia con ésta, que consigue introducirse en una banda criminal con el único fin de desenmascarar a sus componentes, y para obtener pruebas de convicción interviene en la comisión de un delito con actos que formalmente, al menos, han de ser calificados de autoría (coautoría)(7). Pe

(5) Cfr. sobre la polémica entre Gayo y Justiniano, Contardo FERRINI, "Esposizione storica e dottrinale del Diritto penale romano", en Enciclopedia del Diritto Italiano, (Pessina), I, Milano, 1905, 80 s.

(6) KARGE, Der agent provocateur, 18; KÜPER, "Der agent provocateur", 321; DOPFFEL, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des agent provocateur, 87; BEKZADIAN, Der agent provocateur, 122.

(7) Cfr. LÜDERSSEN, "Verbrechensprophylaxe durch Verbrechensprovokation?", 351s.; MALINVERNI, "L'agente provocatore", 261; SALAMA, L'agente provocatore, 17 y 69.

ro no obstante este expreso reconocimiento de acciones de agente provocador en las que puede faltar todo indicio promotor, nada se dice después de la valoración jurídico penal que merecen estos comportamientos. En varias ocasiones nuestro Tribunal Supremo se ha enfrentado con supuestos en los que el delito había sido provocado -según la expresión que está adquiriendo carta de naturaleza en la Jurisprudencia española- por un agente de policía a fin de poner al descubierto las distintas ramificaciones de una banda de criminales(8). Sin embargo tampoco en ninguna de las sentencias que me son conocidas se plantea la posible responsabilidad criminal del policía que obra a modo de agente provocador.

Por último no hay que descartar que el agente provocador se valga de procedimientos esotéricos para instrumentar su conducta provocadora, lo que reducido a términos jurídico penales nos sitúa ante genuinos casos de autoría mediata. En especial los supuestos denominados de autor detrás del autor, ofrecen un campo sugestivo al agente provocador que se sirve de medios velados para lograr que otro resulte responsable criminalmente. El presente capítulo se consagra precisamente a estudiar las principales cuestiones que presentan tanto la autoría en sentido propio, como la autoría mediata y la coautoría. Las conexiones existentes entre cada una de estas formas del comportamien

(8) Del delito provocado, de acuerdo con la configuración que hace del mismo el Tribunal Supremo, me ocupo en el Capítulo Quinto. Cfr. las sentencias del T.S. de 18 de Abril de 1972 (A. 1698); 20 de febrero de 1973 (A.786).

to criminal y el específico problema del agente provocador, se examinan a continuación de la exposición que se hace de las mismas.

II.- La autoría criminal en sentido propio.

Pocos temas hay en el Derecho penal, como este de la autoría criminal, que se preste tanto a caer en los excesos de una dogmática construida y cultivada, como ha indicado últimamente WELZEL, l'art pour l'art(9); es decir, apartada de la realidad a la que se debe el Derecho y donde encuentra su fundamento, y atenta únicamente a su propia corrección sistemática. Ello es debido a que el concepto de autor es en buena parte tributario de la concepción adoptada a la hora de centrar sistemáticamente y valorar cada uno de los componentes del delito. El concepto de autor guarda, de este modo, una relación interdependiente con cada uno de los elementos básicos de la llamada teoría general del delito; y no cabe que sea de otra forma, porque, siguiendo una vía de regreso, el autor de un delito, y por ello responsable criminalmente del mismo, es la persona de quien se ha predicado que ha realizado el comportamiento principal

(9) Hans WELZEL, "Zur Dogmatik im Strafrecht", en Festschrift für Reinhart Maurach, Karlsruhe, 1972, 3 s. Tras advertir que la disciplina penal en ocasiones parece estar cultivada l'art pour l'art, donde el delito es más bien un problema jurídico que humano o político, señala el importante papel desempeñado por la dogmática alemana "como permanente bastión contra irrupciones ideológicas" del tipo, por ejemplo, de la aparecida en la época del tercer Reich.

de forma típicamente antijurídica y culpable. Bastará con cebir de distinto modo cada uno de estos componentes, o atribuirles uno u otro contenido, para que resulte afectado el concepto de autor.

Por otro lado no es menos cierta la dependencia del concepto de los tipos de la parte especial. Desde esta perspectiva, quien realiza por sí mismo la acción punible y reúne en su persona la totalidad de las características objetivas y subjetivas del tipo legal, es sin más autor(10). Frente a una concepción basada en el pensamiento sistemático, está el criterio que toma como punto de apoyo el comportamiento individualizado referible a cada caso en concreto. El primer punto de vista concibe el concepto de autor como un componente más del total sistema penal, y trata de establecer un criterio que sirva de pauta para identificar apriorísticamente, y con independencia del tipo al que va referida una conducta, todos aquellos comportamientos que en el sistema penal deben ser considerados de autoría. El segundo punto de vista, por el contrario, opera con una concepción atomista: autor será el que efectivamente ha realizado el tipo en concreto y reúne la totalidad de las características exigidas por el mismo.

Todavía un nuevo factor debe ser tenido en cuenta a la hora de emprender el estudio de la autoría criminal. Las expresiones autor principal inmediato, autor mediano, coautor, inductor, cooperador necesario, cómplice... pertenecen al mismo campo semántico(11), al ir referidas todas

(10) Cfr. WESSELS, AT, 93; STRATENWERTH, AT, 214.

(11) El término campo semántico fué introducido por G. Ipsen (1924) y con él se alude a las esferas conceptuales.

ellas y compartir una misma realidad: el proceder criminal. Cada uno de estos signos, indican los lingüistas, posee un valor, en el análisis lingüístico, que no consiste en algo que resida en ellos mismos, sino que es fruto de las mutuas oposiciones que guardan entre sí(12). El valor semántico

..... Jost Trier (1931) elabora la teoría de los campos semánticos a los que concibe "como sectores estrechamente entrelazados del vocabulario, en el que una esfera particular está dividida, clasificada y organizada -indica ULLMANN, Semántica, 276 s.- de tal manera que cada elemento contribuye a delimitar a sus vecinos y es delimitado por ellos. En la pintoresca fórmula de Ipsen, sus contornos se ajustan unos a otros como piezas de diferentes figuras de un mosaico", por lo que cualquier innovación acarrea una variación en el conjunto.

(12) Cfr. Ferdinand SAUSSURE, Curso de lingüística general, 9ª ed., Buenos Aires, 1971, 128 s.; "Lo que el signo lingüístico une no es una cosa y un nombre, sino un concepto y una imagen acústica (...). El signo lingüístico es, pues, una entidad psíquica de dos caras (...). Llamamos signo lingüístico a la combinación del concepto y la imagen acústica (...). Y proponemos conservar la palabra signo para designar el conjunto, y reemplazar concepto e imagen acústica respectivamente con significado y significante; estos dos últimos términos tiene la ventaja de señalar la oposición que les separa, sea entre ellos dos, sea del total de que forman parte". Posteriormente Ogden y Richards incluyen en el signo lingüístico un tercer elemento: el referente. Así construyen el conocido triángulo sémico compuesto de símbolo (significante), es decir, la configuración fonética de la palabra, concepto (significado), que es la información que el signo comunica al oyente, y referente, que es el rasgo, cosa o acontecimiento no lingüístico del que hablamos. El significante se relaciona con la realidad (referente) a través del significado. Ultimamente los lingüistas americanos (Bloomfield, etc.) oponen ciertas críticas a la teoría referencial del significado, pues conduce a operar, señala ULLMANN, (Semántica, 67) con entidades mentales vagas y elusivas, por lo que prefieren eliminar el vértice superior del triángulo sémico (significado) y establecer una relación directa entre significante y referente.

de la expresión autor principal inmediato, por ejemplo, sólo puede determinarse por oposición y en función de las otras conductas que integran el resto de las categorías del comportamiento criminal. Pero una vez determinado el valor de cada signo, resultante, se insiste, de su oposición a los demás dentro del mismo campo semántico, cada uno de ellos tienen unos rasgos propios y otros comunes. Tales rasgos propios o comunes en lingüística se denominan semas(13). El elemento léxico autor principal inmediato posee, de este modo, en el análisis lingüístico, un sema del que carece la expresión autor mediato, y la expresión coautor... y así así sucesivamente. De las oposiciones existentes entre los distintos signos lingüísticos que comparten el mismo campo conceptual obtenemos, por tanto, los rasgos característicos que diferencian a unas palabras de otras. A su vez entre cada una de las expresiones a que me vengo refiriendo (autor principal inmediato, autor mediato, coautor, etc.) existe una relación que no es en modo alguno arbitraria, sino que se corresponde con el lugar que ocupa estructuralmente en el campo semántico al que pertenece y, en definitiva, con la posición que ocupa en el total sistema lin-

..... Cfr. sobre todo este problema ULLMANN, Semántica, 62 ss. Véase además para la diferenciación por la posición que guardan entre sí dos palabras pertenecientes al mismo campo semántico, Fernando LAZARO CARRETER, Lengua española: Historia, teoría y práctica, II, Madrid, 1972, 83.

(13) Los lingüistas definen al sema como "elemento de la palabra portador de la significación" o como "unidad que es término de una oposición significativa de vocabulario". Cfr. Fernando LAZARO CARRETER, Diccionario de términos filológicos, 3ª ed. Madrid, 1974, 361.

güístico español del que cada campo semántico es un subsistema(14). Así, la expresión auxilio necesario posee unos semas que nos indican, con independencia de su valoración dogmático penal, que ocupa una posición intermedia entre el autor principal inmediato y el auxiliado no necesario (cómplice); que la coautoría frente a la autoría exige la presencia de varios sujetos; que el inductor, para poder asumir esa condición, requiere de la persona del inducido...

Pero no es bastante tener en cuenta esta relación de los signos lingüísticos con la realidad a la que van referidos. Es preciso además atender al contexto en el que son usados(15). De este modo resulta que en la dogmática del Derecho penal a distintos signos perfectamente diferenciados y estructurados en el sistema lingüístico español se les hace entrar bajo un mismo concepto. De ahí que sea frecuente afirmar que autor en sentidos estricto lo es tanto el autor principal inmediato como el autor mediato, equiparación que en rigor lingüístico puede presentar reparos, pues la realidad abarcada por el signo autor inmediato es totalmente distinta de la que abarca el signo autor mediato. Todavía a homologaciones más drásticas llega, como se verá inmediatamente, la doctrina del dominio del hecho.

De las observaciones anteriores se deduce que en la determinación del concepto de autor intervienen factores

(14) LAZARO CARRETER, Lengua Española, 82 s.

(15) Cfr. ULLMANN, Semántica, 73 ss. Véase además Tomás S. VIVES ANTON, Libertad de prensa y responsabilidad criminal (La regulación de la autoría en los delitos cometidos por medio de la imprenta), Madrid, 1977, 176 s.

principalmente dogmático penales, pero también metodológicos, y necesariamente de orden lingüístico, pues, en definitiva, el jurista se sirve de las palabras que componen su lengua, y utiliza los signos que conceptualmente tratan de ^{he}aprehender la realidad(16).

Los intentos de coordinar coherentemente cada uno de estos componentes origina una profusión de teorías, y según se ponga la atención en uno u otro aspecto, los resultados serán diferentes. No resulta extraño así que a instancias fundamentalmente de la sistemática finalista haya variado en estos últimos años en la doctrina alemana el criterio que conviene adoptar para determinar quien deba ser autor de un delito. De este modo, de un punto de vista que mayoritariamente se inclinaba por una concepción objetivo-formal de autor, se ha pasado a defender, casi con unanimidad, la doctrina que pone la atención en el dominio del hecho(17). Lo destacable es que a este punto de vista

(16) No puede olvidarse que cada lengua forma un sistema de signos solidarios donde cada campo semántico no es más que un subsistema perfectamente estructurado y que todos juntos forman el sistema total. De este modo la introducción de nuevos vocablos hace que se produzca un cambio diacrónico en el campo léxico formado por los componentes primitivos, lo que origina una sincronía nueva, al haber variado el equilibrio interdependiente que guardaban en el estadio anterior (LAZARO CARRETER, Lengua española, 83). Este fenómeno es patente en la sistemática jurídico penal con la introducción de nuevos términos en la autoría criminal tales como autor detrás del autor, autoría mediata con instrumento doloso, etc. Todo ello hace que necesariamente resulten afectados los anteriores signos lingüísticos encargados de aprehender la realidad del comportamiento delictivo y reparársele conceptualmente.

(17) Cfr. Clauss ROXIN, Täterschaft und Tatherrschaft, 3ª ed. Berlin, New York, 1975, 34, quien con razón puede decir que en Alemania, cada vez más, la teoría objetivo formal carece de partidarios significativos.

se acogen no sólo quienes operan con la sistemática finalista -la doctrina del dominio del hecho no es más que una consecuencia lógica de la concepción personal de lo injusto propia del sistema finalista(18)- sino incluso aquellos autores que se mueven en campos no adscritos totalmente al sistema finalista de lo injusto(19). Sería una burda simplificación pensar que este trasvase de opiniones se debe a la casualidad o a la moda. Por ello juzgo conveniente hacer algunas precisiones a propósito de esta teoría.

A).- La autoría en la doctrina del dominio del hecho.

Autor del delito es según WELZEL, principal mentor de la doctrina finalista, "quien mediante la dirección consciente del curso causal hacia el resultado típico, es señor de la realización del tipo(20)". Más brevemente: autor es quien tiene el dominio del hecho(21), o es la figura cen

(18) Así expresamente STRATENWERTH, (AT, 218) al indicar que quien parta de un concepto finalista de acción deberá buscar la caracterización de la autoría criminal en el dominio del hecho. Cfr. además Friedrich-Christian SCHROEDER, Der Täter hinter dem Täter, Berlin, 1965, 58. Por ello WELZEL, Strafrecht, 99 ss., puede decir que la doctrina de la autoría contiene la parte final de la teoría de lo injusto. Véase también José CEREZO MIR, "La polémica en torno al concepto finalista de autor en la Ciencia del Derecho Penal español", en Anuario, 1975, 51 s.; VIVES ANTON, Libertad de prensa, 143 ss.

(19) Tal es el caso de JESCHECK, AT, 531 ss., o BLEI, AT, 223 s.

(20) WELZEL, Strafrecht, 99.

(21) Cfr. MAURACH, Tratado, II, 307 ss.; STRATENWERTH, AT, 217 ss.; SAMSON, en Systematischer Kommentar, I, 212 s.

tral del acontecimiento, según la expresión de ROXIN(22); y el dominio del hecho lo puede tener tanto quien realiza directamente el tipo de propia mano, como quien se sirve de otro al que utiliza como instrumento; pero también quien practica objetivamente una acción de auxilio o se limita a hacer surgir en otro la resolución criminal pero conserva, en todo caso, el dominio de la realización del tipo. La doctrina del dominio del hecho puede afirmar de este modo que quien aporta una conducta de colaboración necesaria es autor siempre que tenga en sus manos la realización del tipo(23). Así expresamente indica CEREZO que "dentro de los cooperadores necesarios habrá algunos que posean el dominio del hecho y sean en realidad autores"(24). Las diferencias estructurales existentes entre la conducta de auxilio nece-

(22) ROXIN, Täterschaft, 25 ss. Por otra parte este autor, dentro del dominio del hecho distingue entre el dominio de la acción (127 ss.), que corresponde a quien dolosamente realiza de propia mano los elementos del tipo, del dominio de la voluntad (141 ss.), en donde si bien el hombre que actúa desde atrás no realiza de propia mano la acción típica, tiene el dominio de la voluntad como consecuencia del uso de la fuerza, mediar un error o existir un aparato de poder organizado. En la coautoría estaríamos en presencia de un dominio funcional del hecho (275 ss.). Un concepto diferente de autor, fuera del dominio del hecho, sigue para los delitos consistentes en la infracción de un deber especial (352 ss.), donde autor únicamente puede ser la persona especialmente obligada que infringe el deber.

(23) Cfr. Clauss ROXIN, "Sobre la autoría y participación en el Derecho penal", en Problemas actuales de las Ciencias penales y la Filosofía del Derecho, (homenaje al Prof. Luis Jiménez de Asúa), Buenos Aires, 1970, 66. Debe tenerse en cuenta que el dominio del hecho no puede interpretarse en el sentido de que cualquiera que pueda hacer fracasar el delito está en posesión de la realización del tipo. Cfr. sobre esto, ROXIN, Täterschaft, 310 ss.

(24) CEREZO, "La polémica", 48; Cfr. además, CORDOBA RODA, Notas, II, 311 n. 3; GIMBERNAT, Autor y cómplice, 123.

sario y la de autoría, que no son más que expresiones que tratan de aprehender la realidad, quedan igualadas por la vía del dominio del hecho.

Críticamente ENGISCH ha dicho que, en realidad, la doctrina del dominio del hecho acude a una perífrasis (plástica) para abarcar, mediante una circunlocución del lenguaje, a diferentes formas del comportamiento criminal de difícil inclusión en el concepto de autoría cuando se opera con una concepción objetivo formal(25); así, por ejemplo, mediante dicha doctrina se salva el escollo de la falta de una efectiva realización del tipo, de propia mano, por el autor mediato, y se logra incorporar la conducta de quien así actúa en el entorno de la autoría en sentido estricto: tanto el autor principal inmediato, que realiza de propia mano el tipo, como el mediato, que no lo realiza, pero utiliza como instrumento a otra persona, están en posesión del dominio del hecho. En consecuencia, de acuerdo con este punto de vista, lo que esta teoría intenta es hacer entrar a distintas formas del comportamiento criminal en una nueva categoría que por abstracción destaca un punto en común: el dominio de la realización del tipo.

Por mi parte pienso que la doctrina del dominio del hecho hace algo más que acudir a una perífrasis. A mi modo de ver la principal conclusión que hay que deducir de dicha teoría es que cualquiera que sea el comportamiento

(25) Karl ENGISCH, "Bietet die Entwicklung der dogmatischen Strafrechtswissenschaft seit 1930 Verlassung, in der Reform des Allgemeinen Teils des Strafrechts neue Wege zu gehen?", en ZStW, 1954, 383.

del sujeto, si está en posesión del dominio del hecho es sin más autor del delito a efectos penales.

Esta afirmación seguramente que es válida en un plano puramente teórico, y sin duda de una absoluta corrección sistemática cuando se la contrasta con los principios dogmáticos en los que se inspira la teoría del dominio del hecho. Si se parte de una concepción personal de lo injusto, en principio nada se opone a la anterior generalización. Es más, se debe reconocer, como indica GIMBERNAT, que resuelve mejor que otras teorías el difícil problema de la inclusión de la autoría mediata en el mismo concepto que el autor que realiza el hecho de propia mano(26). Otro tanto hay que decir para aquellos otros supuestos, así el del jefe de la banda de delincuentes, en los que el sujeto no puede ser considerado, en rigor, ni autor principal inmediato, ni coautor ni tampoco autor mediato, según la teoría objetivo formal(27). Lo que ya me parece más discutible es la desmesurada ampliación que hace de la autoría mediata, o de la coautoría, a expensas de otros comportamientos criminales: todo el que no realiza de propia mano el tipo, pero está en posesión del dominio del hecho, se convierte en autor mediato, si obra por medio de una persona interpuesta, o en coautor, si, según indica ROXIN, existe un dominio funcional del hecho(28). De la impropiedad de semejante generalización en la sistemática de nuestro Código

(26) GIMBERNAT, Autor y cómplice, 135 s.

(27) Cfr. WESSELS, AT, 95. Véase más adelante la solución que se ofrece para estos casos, p. 302.

(28) Cfr. ROXIN, Täterschaft, 141 ss. y 275 ss.

penal me ocupo más adelante. Quizá tal cosa pueda decirse cuando se opera dentro de los presupuestos del StGB alemán donde ni en la anterior redacción del texto punitivo (parágrafos 47 y siguientes) ni en el actual (parágrafos 25 y siguientes) se dice nada de comportamientos tales como forzar a otro a ejecutar un delito, o cooperar con actos de auxilio necesario. Tales comportamientos en nuestro Código penal acotan una parcela del proceder criminal, y por ello la inclusión de los mismos en la autoría (autoría mediata o coautoría), sólo puede hacerse forzando en extremo su sistematización.

Por otra parte, desde posiciones que se adscriben a la teoría del dominio del hecho surgen serias contradicciones cuando se afirma, como hace Fr. Chr. SCHROEDER y entre nosotros CEREZO, que en los delitos dolosos autor es el que realiza en todo o en parte la acción aunque no tenga el dominio del hecho(29). Es decir, se prescinde ahora de si el sujeto tiene o no el dominio del hecho, cuando efectivamente su comportamiento supone la realización de forma dolosa de alguno o todos los elementos del tipo. Con razón debe reconocer Fr. Chr. SCHROEDER que la aceptación en tales casos de una autoría es, para toda teoría material, una concesión a la doctrina objetivo formal(30).

(29) Cfr. Fr. Chr. SCHROEDER, Der Täter hinter dem Täter, 68 y 191; CEREZO, "La polémica", 51.

(30) Fr. Chr. SCHROEDER, Der Täter hinter dem Täter, 68. Por ella debe reconocer que "la evidencia de este postulado es el mérito permanente de la teoría objetivo formal" (191). Por otra parte ni que decir tiene que de acuerdo con la escisión que la sistemática finalista establece entre tipos dolosos y tipos culposos, la teoría del dominio del hecho debe adoptar otro criterio para los comportamientos culposos. Cfr. sobre esto último CEREZO, "La polémica", 51.

Traslada esta doctrina a las provisiones de nuestro Código penal(31), para la teoría del dominio del hecho las distinciones que el art. 14 establece entre las conductas que suponen tomar parte directa en la ejecución del delito, forzar o inducir directamente a otro a ejecutarlo, o cooperar con actos de auxilio necesario, en principio están de más; y lo están, porque la efectiva realización de una de estas conductas no nos pone en la pista de si un sujeto es, por ejemplo, inductor o auxiliador necesario, porque a pesar de haberse comportado como tal, será sin más autor del delito (autor mediato o coautor) si tuvo el dominio de la realización del tipo. No resulta extraño que STRATENWERTH, seguidor de esta teoría, pueda decir que el concepto de participación se ha de determinar de forma negativa(32).

Al partícipe lo que le caracterizaría es carecer del dominio de la realización del tipo. De este modo la participación criminal pasa a ser un producto residual. El concepto de autor y el concepto de partícipe no serían para esta teoría dos realidades que abarcan diferentes comportamientos estructural y sistemáticamente distintos, sino el resultado de un juicio de valor dogmático penal: para saber si un sujeto es autor o partícipe de un delito, ha-

(31) Entre nosotros se acogen a los postulados de la doctrina del dominio del hecho CORDOBA RODA, Notas, II, 310 s. n. 3, quien deriva el concepto de autor de la teoría de la acción; CERESO, "La polémica" 41 ss. pero el contrario que el anterior deduce el concepto de autor de la teoría de lo injusto(51).

(32) STRATENWERTH, AT, 240.

bría que examinar, con independencia del comportamiento realizado, si tuvo o no el dominio del hecho. No bastará realizar una conducta de auxilio necesario, para ser cooperator necesario del art. 14 n. 3: es preciso carecer del dominio del hecho. Pero si el auxiliador necesario tiene el dominio del hecho, habría que considerarle autor; o mejor dicho, coautor, pues se supone que existe un dominio funcional del hecho(33).

Pienso que esta doctrina encuentra grandes dificultades de adaptación cuando se la trata de hacer entrar en el sistema positivo español. En primer lugar, para poder aceptar que un sujeto que no realiza ningún elemento del tipo es autor, hay que partir, en efecto, como indica CEREZO, de una concepción personal de lo injusto(34). Que tal concepción es la que inspira a nuestro Código penal es cuando menos opinable, por lo que una rotunda afirmación en ese sentido no parece conciliarse con el punto de vista de la mayoría(35). Pero es que además no se puede pasar por alto que nuestro Código penal distingue en el art. 14 unos comportamientos estructural y sistemáticamente diferenciados que se corresponden con una parcela del comportamiento criminal a la que conceptualmente tratan de abarcar. El comportamiento del auxiliador necesario, bajo este punto de vista, creo que nunca será de autoría, aunque

(33) Cfr. ROXIN, "Sobre la autoría", 66 s.

(34) CEREZO, "La polémica", 51/52.

(35) En contra de que el Código penal esté basado en una concepción personal de lo injusto VIVES ANTON, Libertad de prensa, 144 ss. Cfr. además RODRIGUEZ MOURULLO, Derecho penal, I, 22 ss.

mediante un acto de valoración lleguemos a la conclusión de que posee el dominio del hecho, a menos que prescindamos del sistema lingüístico español y del propio Código penal. Ciertamente que en la coautoría existe una división del trabajo y una conjunta realización del hecho, pero de ahí no puede deducirse, sin más, que el auxiliador necesario cuando posee el dominio del hecho necesariamente es coautor porque tienen el dominio funcional de la realización del tipo. Tal cosa seguramente que se puede decir en aquellos sistemas legislativos donde no se hace mención alguna al comportamiento del auxiliador necesario. Entiendo que en nuestro Código penal existe una incompatibilidad total entre el comportamiento que fundamenta un auxilio necesario y el que fundamenta una autoría (autoría en sentido propio, autoría mediata y coautoría). La expresión auxilio necesario posee un significado y abarca una realidad cuyos rasgos característicos deben deducirse por oposición al comportamiento del autor, y al del inductor y al del cómplice... La labor interpretativa del jurista consiste en encontrar esas oposiciones, no en homologar comportamientos estructural y sistemáticamente diferentes. Si el Código penal en el art. 14 ha dado cabida a una serie de conductas que la realidad criminal ofrece, la doctrina no puede igualarlas por la vía del dominio del hecho. Con gran corrección lingüística el legislador en el art. 14 todo lo más que se atreve a expresar es que "se consideran autores" a sujetos cuyos comportamientos no se corresponden con el valor semántico de las expresiones que después utiliza. Pero lejos está el Código penal de decir que son autores quienes con base en la sistemática del lenguaje

español, y, en definitiva, en la propia naturaleza de las cosas, no lo son. Cosa distinta es que el inductor o el auxiliador necesario deban recibir el mismo trato que el autor en sentido propio; o que dogmáticamente conviene equiparar estos comportamientos. Pero entonces lo que se trata de homologar no son conductas estructuralmente distintas, sino a sujetos a los que a efectos de pena se les castiga como si fuesen autores, y eso ya lo logra el art. 14 al venir conectado funcionalmente con los artículos 12 y 49, sin necesidad de distorsionar la realidad ni el lenguaje.

Cuándo un comportamiento fundamenta la autoría y cuándo la participación criminal, es algo que debe remitirse a las páginas que siguen.

B.- La autoría en la teoría objetivo formal: autor en sentido propio.

RODRIGUEZ DEVESA advierte en la Introducción a su Parte general que la nota de legalidad hace que el estudio del Derecho penal tenga que versar siempre sobre un concreto ordenamiento jurídico; consecuentemente, toda elaboración teórica debe partir -para en definitiva volver al mismo punto de salida- de la orientación legal que los textos jurídicos le sirven, y contar con la relativización que supone tomar como base un determinado Derecho positivo(36).

(36) RODRIGUEZ DEVESA, Derecho penal español, Parte general, 7. Cfr. además Angel TORIO, "El deber objetivo de cuidado en los delitos culposos", en Anuario, 1974, 35: "El objeto de la dogmática es cada ordenamiento jurídico con sus peculiaridades positivas, culturales e históricas, y su actividad cognoscitiva algo que difiere de la simple deducción lógico formal de proposiciones jurídicas sucesivas a partir de una premisa fundamental".

Esta idea debe tenerse muy presente a la hora de determinar quién asume la condición de autor en sentido propio, de acuerdo con la sistemática de nuestro Código penal.

La presencia del art. 14 del Código penal, en el que se da cabida a una serie de comportamientos cuyas diferencias estructurales son notorias, compromete, en buena medida, la concepción de autoría más consonante con nuestro sistema penal. Partiendo de esta idea, el punto de vista que mejor se aviene con la sistemática del Código penal, es la teoría que formula un concepto de autor en sentido objetivo formal.

Autor es, de tal manera, quien realiza la conducta descrita en el tipo(37) Y se ajusta mejor que otras teorías al Código penal, precisamente porque el art. 14 distingue unos compartimientos criminales estructural y objetivamente diferentes que es preciso oponer entre sí, y és

(37) Cfr. RODRIGUEZ DEvesa, Derecho penal español. Parte general, 673; GIMBERNAT, Autor y cómplice, 249; RODRIGUEZ MOURULLO, en Comentarios, I, 802; QUINTERO OLIVARES, Los delitos especiales, 73 ss.; VIVES ANTON, Libertad de prensa, 148 ss. Debe señalarse que dentro de la concepción objetivo formal de autor son grandes las discordancias existentes en orden a qué ha de entenderse por realización del tipo: mientras unos consideran que los actos ejecutivos ya suponen la realización del tipo, otros distinguen entre la realización de actos ejecutivos y realización de actos típicos; incluso unos terceros diferencian entre la realización parcial o total de los elementos del tipo. Cfr. sobre las diferentes teorías enunciadas, GIMBERNAT, Autor y cómplice, 31 ss. También el nuevo parágrafo 25 del StGB alemán en su primer inciso acepta un concepto objetivo formal al indicar que autor es quien realiza por sí mismo el hecho punible. Cfr. a este respecto SANSON, en Systematischer Kommentar, 212: "La ley ha aceptado de forma parcial esta teoría" (objetivo formal); ROXIN, Täterschaft, (3ª ed.) 586.

tos a su vez con los de los artículos 15, 16 y 17, a fin de deducir lo que cada uno de ellos tiene de propio, fruto, se insiste, de las mutuas oposiciones. Poco importa que el sujeto obre con animus auctoris o animus sociis, según postula la teoría subjetiva(38), o que de acuerdo con un juicio dogmático penal se afirme o se niegue que tiene el dominio del hecho. El autor en sentido propio lo será porque su comportamiento es portador de un elemento del que carece el que toma parte directa en la ejecución del hecho, y el que fuerza o induce directamente, y el auxiliador... y así sucesivamente con cada una de las categorías que abarcan, en nuestro sistema penal, el proceder criminal y se lo reparten conceptualmente.

La labor interpretativa ha de consistir en encontrar lo que de propio tiene cada conducta, a partir de la relación por oposición que cada una de ellas guarda entre sí.

Pero si la presencia del art. 14, en su relación con los artículos 15, 16 y 17, aconseja operar con una concepción objetivo formal de autor, a la vez son grandes los problemas interpretativos que plantea. Punto previo a la exégesis del art. 14, ha de ser distinguir sistemáticamente entre las conductas en el mismo recogidas y los titulares de esas conductas: solamente a éstos, y a efectos de pena, trata de considerar como autores el art. 14. En modo alguno equiparar la conducta del que toma parte directa en la ejecución del hecho, con la del inductor o la del cooperador necesario.

(38) Cfr. ROXIN, Täterschaft, 51 ss.

El art. 14 indica que se consideran por el Código penal autores, a distintos sujetos cuyos comportamientos no se corresponden con la realización del tipo. Adviértase que en ningún momento define materialmente el comportamiento fundamentador de cada una de las categorías de contribución en el hecho, sino que se limita mediante el giro léxico "se consideran autores" a igualar, a efectos de pena, a diferentes individuos: la pena que corresponde imponer a todos ellos, de acuerdo con el art. 49, es la misma que se señala en el delito o falta a los que lo hubieren cometido.

En segundo lugar, en el n. 1 del art. 14 se considera que es autor a quien toma parte directa en la ejecución del hecho. Tradicionalmente la doctrina española ha considerado que en este apartado se encerraba el concepto de autor en sentido estricto(39). Recientemente, sin embargo, ha sido objeto de revisión este parecer. Hoy se considera por un sector de la doctrina que tomar parte directa en la ejecución del hecho tiene un valor sistemático y funcional más amplio que la realización del tipo(40). De ahí

(39) Cfr. Tomás María VIZMANOS y Cirilo ALVAREZ MARTINEZ, Comentarios al nuevo Código penal, Madrid, 1948, 167; Joaquín Francisco PACHECO, El Código penal concordado y comentado, I, 4ª ed. Madrid, 1870, 259; Alejandro GROIZARD y GOMEZ DE LA SERNA, El Código penal de 1870, concordado y comentado, Burgos, 1870, I, 521 ss.; José ANTON ONECA, Derecho penal, I, Parte general, Madrid, 1949, 433; FERRER SAMA, Comentarios, II, 43 s.; DEL ROSAL, Tratado, II, 340. Ultimamente en este sentido, VIVES ANTON, Libertad de prensa, 178 ss. y 189.

(40) Cfr. GIMBERNAT, Autor y cómplice, 92 ss.; RODRIGUEZ MOURULLO, en Comentarios, I, 828; QUINTERO OLIVARES, Los delitos especiales, 75.

que se haya acudido a distintas interpretaciones para determinar quien deba ser, en nuestro sistema penal, autor en sentido propio.

GIMBERNAT, monografista del tema, de acuerdo con el pensamiento que distingue entre actos ejecutivos (no típicos) y actos que suponen la realización total o sólo parcial del tipo, considera que el n. 1 del art. 14 hace referencia a los primeros(41). Ciertamente que todo acto típico es ejecutivo, pero no todo acto que es ejecutivo es directamente referible al tipo de la parte especial. Por ello para GIMBERNAT autor en sentido estricto es nada más aquel "cuya conducta es subsumible, sin más, en el tipo de la parte especial"(42). La realización de actos ejecutivos que no dan lugar ni siquiera a la verificación parcial del tipo, deben ser remitidos al n. 1 del art. 14. Así escribe: "El art. 14 está ahí, más bien, para fundamentar la pena de los que, realizando actos ejecutivos, llevan a cabo una conducta que no es directamente subsumible en el tipo de la parte especial"(43). Por actos ejecutivos entiende GIMBERNAT aquellos que sin ser propiamente típicos están indisolublemente unidos con el comportamiento descrito en la figura delictiva(44).

(41) GIMBERNAT, Autor y cómplice, 92 ss. y 105.

(42) GIMBERNAT, Autor y cómplice, 219.

(43) GIMBERNAT, Autór y cómplice, 219.

(44) GIMBERNAT, Autor y cómplice, 105.

La opinión de RODRIGUEZ DEVESA y RODRIGUEZ MOURULLO, sólo parcialmente coincide con la de GIMBERNAT. El punto en común, al que s-e suma también QUINTERO OLIVARES(45), está en que todos ellos piensan que la conducta de autor, en sentido propio, no puede remitirse al n. 1 del art. 14. El concepto de autor en sentido estricto debe deducirse directamente de los tipos del Libro II y III del Código penal(46). Las diferencias hay que verlas en que ni RODRIGUEZ DEVESA ni RODRIGUEZ MOURULLO consideran que los comportamientos remitibles al n. 1 del art. 14 deben carecer necesariamente de la condición de tipicidad(47).

Autor es para RODRIGUEZ DEVESA, " quien realiza el tipo del injusto"(48). De igual modo la realización conjunta, por parte de varios sujetos, íntegramente del tipo del injusto, al contribuir con actos que individualmente considerados son todos ellos de consumación, origina una coautoría directamente subsumible en el tipo de la parte especial(49). El n. 1 del art. 14 entraría en aplicación en aquellos casos en los que ésto no sucede. Así, precisa RODRIGUEZ DEVESA, "el precepto es una pieza imprescindible en la técnica legal cuando uno de los que concurren a la comisión del hecho realiza los actos de ejecución y otro

(45) Cfr. QUINTERO OLIVARES, Los delitos especiales, 76.

(46) Cfr. RODRIGUEZ DEVESA, Derecho penal español. Parte general, 672 y 684.

(47) Cfr. RODRIGUEZ DEVESA, Derecho penal español. Parte general, 672 y 684; RODRIGUEZ MOURULLO, en Comentarios, I, 802 y 828; GIMBERNAT, Autor y cómplice, 105 s.

(48) RODRIGUEZ DEVESA, Derecho penal español. Parte general, 672.

(49) RODRIGUEZ DEVESA, Derecho penal español. Parte general, 683 s.

sólo actos de tentativa, pues entonces no sería posible es timar al segundo como autor del delito consumado, pero tam poco como mero auxiliador de quien lo consumó por sí mismo con independencia de la aportación de su correo"(50). Por su parte RODRIGUEZ MOURULLO dice que el concepto de autor debe ser diferenciado del concepto de sujeto activo, pues propiamente, según el art. 12 del Código penal, autor del delito es una de las personas responsables criminalmente, lo que no ~~se~~ exige, necesariamente, del sujeto de la ac ción(51). Esta distinción sistemática le lleva a introdu cir en el concepto de autor la totalidad de los elemntos básicos del delito. Por otro lado, incluye en la catego ría de autor en sentido estricto tanto al autor principal inmediato como al autor mediato. De este modo para RODRI GUEZ MOURULLO autor en sentido estricto es "quien realiza antijurídica y culpablemente por sí o a través de otra per sona que obra como instrumento, el hecho punible descrito en la correspondiente figura delictiva"(52). La presencia del n. 1 del art. 14 al indicar que se consideran autores a quienes toman parte directa en la ejecución del hecho en traña -en opinión de RODRIGUEZ MOURULLO- el reconocimiento de que autor en sentido estricto lo es sólo quien realiza totalmente, aunque sea en sus formas imperfectas, la res-

(50) RODRIGUEZ DEVESA, Derecho penal español. Parte general, 684.

(51) RODRIGUEZ MOURULLO, en Comentarios, I, 802.

(52) RODRIGUEZ MOURULLO, en Comentarios, I, 802. En el nue vo parágrafo 25 del StGB alemán se contiene una formulación semejante al indicarse que se castiga como autor a quien realiza por sí mismo o a través de otro el hecho punible.

pectiva figura de delito(53). El art. 14 n. 1 vendría en aplicación para la coautoría directa, lo que significa, en primer lugar, que es necesaria la presencia de varios sujetos que toman parte en la ejecución, y, en segundo lugar, que si bien todos realizan actos ejecutivos, ninguno de ellos practica personalmente toda la ejecución correspondiente al delito; por ello, continúa RODRIGUEZ MOURULLO, cuando se contempla aisladamente la conducta de cada uno de los que intervienen, ninguno podrá ser considerado autor en sentido estricto al no haber realizado totalmente el tipo respectivo(54).

Por mi parte pienso que se deben diferenciar dos planos totalmente distintos: por un lado es preciso determinar quién deba ser autor en sentido propio de un delito, y por otro si para castigar a este sujeto es preciso acudir al n. 1 del art. 14. Por lo que respecta a la primera cuestión, considero que el n. 1 del art. 14 no define, en rigor, al autor de cada uno de los delitos, sino que se limita a extender la pena a determinados comportamientos. Quién es autor del delito sólo se define en cada uno de los tipos de la parte especial. El problema ahora no está tanto en si el n. 1 del art. 14 define o no al autor; el problema está en si para castigar la conducta de un sujeto cuyo comportamiento es directamente subsumible en el tipo, hay que acudir a dicho número primero. La respuesta entiendo que debe ser negativa. A esta conclusión se llega cuando se establece, en primer lugar, la relación opositiva que guarda cada uno de los comportamientos cri

(53) RODRIGUEZ MOURULLO, en Comentarios, I, 828.

(54) RODRIGUEZ MOURULLO, en Comentarios, I, 827 s.

minales previstos como punibles por el legislador, y, en segundo lugar, cuando se establece la relación sistemática que guardan todos los preceptos del Código penal entre sí.

Solamente cuando se tiene en cuenta la relación opositiva que guarda entre sí cada comportamiento previsto como punible por el legislador, se logra saber lo que tiene de propio. Por ello conceptualmente la parcela del proceder criminal acotada por el n. 1 del art. 14, no puede abarcar la parcela de la realidad criminal que comprende el n. 2, ni el número 3 del propio artículo. Pero tampoco la parcela que abarca el concepto de autor en sentido propio, y al que alude, aunque no le define, porque ya lo hace cada tipo de la parte especial, el art. 12. Así se comprende por qué para castigar con la misma pena que al autor de cada uno de los delitos de la parte especial a sujetos que no son autores en sentido propio, pues no realizan ni siquiera parcialmente algún acto típico, el legislador debió acudir al giro léxico "se consideran autores". Pero se consideran autores no porque se equiparen conceptualmente sus conductas a las del autor del tipo de la parte especial, sino solamente a efectos de la pena que les corresponde imponer. Consecuentemente, si llegamos a la conclusión de que la conducta del autor en sentido propio sólo se halla recogida y definida en cada uno de los tipos de la parte especial, la parcela del comportamiento criminal que acota el n. 1 del art. 14 necesariamente debe ser otra. Por tanto el n. 1 del art. 14 no hace referencia ni define al autor en sentido propio. Quien define al autor de cada delito es el tipo de la parte es-

pecial, y para castigarle basta conectar sistemáticamente dicho tipo con los artículos 12 y 49 o en su caso, cuando nos encontramos ante unas formas imperfectas de ejecución, con el art. 3.

La relación opositiva que guardan los comportamientos previstos en el art. 14 y los previstos en los tipos de la parte especial aparecen con suma claridad en ciertos preceptos. Así el art. 120 castiga al español que induce re a una potencia extranjera a declarar la guerra a España. Creo que a nadie se le ocurriría acudir al n. 2 del art. 14, donde se castiga como autor a quien induce directamente a otro a ejecutar un delito, para castigar la conducta de autor prevista en el inciso primero del art. 120. Bastará conectar sistemáticamente el art. 120 con los artículos 12 y 49. La misma contradicción sistemática que existe cuando se quiere castigar al que induce a declarar la guerra a España, remitiendo su conducta al n. 2 del art. 14, es la que media cuando se pretende castigar al que matare a otro (art. 407), remitiendo su conducta al art. 14 n. 1 aduciendo que ha tomado parte directa en la ejecución de la muerte de otro.

Por ello si la conducta del sujeto es directamente subsumible en el tipo, éste será autor en sentido propio, por lo que los comportamientos que se limitan a tomar parte directa en la ejecución del hecho, deberán reservarse para otro tipo de conductas. Esta idea se complementa con lo que anteriormente se ha dicho: al autor sólo se le define en cada tipo de la parte especial, y a él hace alusión el art. 12, en tanto que la misión del art. 14 es am

pliar la pena a otras conductas que no son directamente referibles al tipo. La objeción que CEREZO opone a este planteamiento al indicar que " no es posible, en nuestro Código, castigar como autores a codeincentes no incluidos en alguna de las categorías del art. 14", creo que se puede superar(55). Si se acepta que la misión del art. 14 es ampliar la pena(56), se incurre en una manifiesta contradicción sistemática cuando se pretende remitir el comportamiento del autor en sentido propio al mismo: la conducta del sujeto cuyo comportamiento es directamente subsumible de forma íntegra en el tipo no precisa de un precepto auxiliar o de referencia para castigarle. Basta conectar sistemáticamente el tipo de la parte especial afectado con los artículos 12 y 49. Si por el contrario no es subsumible de forma íntegra en el tipo de la parte especial, la extensión de la pena se consigue conexiando a éste con el art. 12 y con el precepto que amplía la pena en las formas imperfectas de ejecución.(art. 3 del Código penal). Ni para uno ni para otro caso se precisa acudir al art. 14, porque su misión es extender la penalidad a los comportamientos que no son directamente subsumibles en el tipo. El art. 14 cumple la función de indicar qué sujetos, cuyos comportamientos no son de autoría en sentido propio, de acuerdo con la sistemática del Có-

(55) CEREZO, "La polémica", 44.

(56) La argumentación del texto también puede hacer extensible a los reparos de VIVES ANTON, (Libertad de prensa) quien incluye en el n. 1 del art. 14 no sólo al que ejecuta por sí solo la totalidad del tipo, sino también al autor mediano y al coejecutor (189). De forma expresa este autor reconoce que la misión del art. 14 n. 1 es una causa de extensión de la penalidad(179).

digo penal deben ser castigados con la misma pena que al autor. Pero hay que insistir en que entre sus provisiones no incluye la actividad del autor en sentido propio, porque ya lo hace cada tipo de la parte especial. No parece razonable exigir al legislador una repetición de los tipos en el art. 14, ni tampoco una expresa indicación de que autor es el que lo sea de los preceptos de la parte especial, porque incurriría en una indeseable tautología. Por tanto, el art. 12 hace responsables criminalmente a los autores, y si autor es aquel cuya conducta es directamente subsumible en el tipo -único lugar donde se define el comportamiento del autor en sentido propio- no se ve la necesidad de acudir al art. 14 que se limita a considerar que son autores quienes no realizan directamente los elementos del tipo, y por ello cumple la función de ampliar la pena.

Ultimamente VIVES ANTON ha rechazado que pueda haber un autor cuya condición de tal no derive del art. 14, sino directamente de las respectivas figuras de delito. Considera que de ser así, "se ensancha el círculo de las personas responsables criminalmente en el ámbito de los delitos cometidos por medio de la imprenta"(57). Y ello porque al ser el art. 15 una excepción del art. 14, un autor cuya condición de tal procediese directamente del tipo, y no en base al art. 14, no quedaría sometido al régimen de restricción de la autoría y escalonamiento previsto en el art. 15 para los delitos cometidos por medio de la imprenta

(57) VIVES ANTON, Libertad de prensa, 175 y 211 n. 56.

ta. VIVES ANTON cita el siguiente ejemplo: "el vendedor de periódicos, que consciente de que en determinado número de uno de ellos se contienen expresiones injuriosas contra un enemigo suyo y con intención de desacreditarlo, vende el mayor número posible de ejemplares"(58).

Para centrar en sus justos términos la objeción formulada, es preciso, en primer lugar, conectar sistemáticamente el art. 15 con el art. 13, donde se contiene una excepción al art. 12. Este último considera responsables criminalmente a los autores, a los cómplices y a los encubridores. Por su parte el art. 13 considera que en las infracciones que se cometen por medio de la imprenta, el grabado u otra forma mecánica de reproducción, radiodifusión u otro procedimiento que facilite la publicidad, solamente responden los autores. Por tanto ni a los cómplices ni a los encubridores de los mismos se les puede hacer responsables criminalmente, tomando como base el delito cometido por medio de la imprenta.

Pero a su vez el art. 15 restringe el círculo de las personas que para esta específica clase de delitos se reputan autores. De no decirse nada, también deberían considerarse autores de esta especie de delitos cualquiera de las personas a que hace alusión el art. 14 (coejecutores, inductores, cooperadores necesarios...). Sin embargo el art. 15 señala que en los delitos a que hace referencia el art. 13 sólo se reputan autores a "los que realmente lo hayan sido del texto, escrito o estampa publicados o difundidos"; en su defecto a los directores de la publicación, y, en defecto de éstos, a los editores. Toda otra

(58) VIVES ANTON, Libertad de prensa, 175.

persona que contribuye de uno u otro modo a la realización de alguno de los delitos específicos a que se refiere el art. 13, está exento de la responsabilidad criminal que de riva de los mismos. Por ello desde el momento en que el vendedor de periódicos no es realmente autor del texto, etc., ni director de la publicación, ni editor, no veo por qué se le quiere hacer responsable criminalmente en base a los delitos específicos cometidos de acuerdo con el art. 13. Si el comportamiento del vendedor integra por sí misma una acción ejecutada en descrédito de otra persona, es algo que no guarda relación alguna con la autoría real del texto, o del escrito o de la estampa publicados, etc. El comportamiento de vender el mayor número de periódicos donde se contienen frases injuriosas, se encuentra en un plano diferente al problema de la autoría previsto en el art. 13 en relación con el art. 15. Sólo de una forma muy forzada se puede decir que el comportamiento de vender periódicos con frases injuriosas a fin de desacreditar a una persona, es uno de los delitos a que hace alusión el art. 13, pues este precepto sólo se complementa cuando se le pone en relación con el art. 15, y claramente indica este artículo que autores de los delitos cometidos por medio de la imprenta nada más lo serán las personas especificadas en el mismo.

Desde el momento en que el vendedor no entra en ninguna de las categorías previstas en el art. 15, su posible comportamiento criminal no es cometido por medio de la imprenta en el sentido que a tal expresión se le atribuye en el art. 13 en relación con el art. 15. De este modo difícilmente puede decirse que la concepción que deriva

el concepto de autor directamente de los tipos de la parte especial, ensancha el círculo de personas responsables criminalmente en los delitos cometidos por medio de la imprenta. En síntesis: La acción de vender el mayor número posible de periódicos donde se contiene un escrito injurioso, con intención de desacreditar a una persona, no es un delito cometido por medio de la imprenta en el sentido que tal expresión tiene en el Código penal. Si la conducta del vendedor integra por sí misma otro delito, desvinculando en absoluto del delito específico cometido por medio de la imprenta, es una cuestión diferente.

III.- El agente provocador como autor principal del hecho.

Punto previo al exámen en particular de los supuestos en los que el agente provocador actúa como supuesto autor principal único, será determinar si su comportamiento cabe calificarle de acción provocadora. Tanto HEILBORN como JOHANNIEMANN indicaban, a este respecto, que la conducta del agente provocador, frente a la del detective, delator, espía,..., se caracteriza por ser el que toma la iniciativa para realizar el delito(59). Esta afirmación requiere

(59) HEILBORN, Der agent provocateur, 10; JOHANNIEMANN, Die Strafbarkeit des Spitzels, 40. Por el contrario BENZADIAN, Der agent provocateur, 69, expresamente hace referencia a los casos en los que el agente provocador "no idea el delito, sino que sólo presta ayuda para su ejecución. Estos individuos no son en modo alguno iniciadores..." y sin embargo no puede negarse su condición de agentes provocadores.

algunas precisiones. Tomar la iniciativa, en el contexto de este estudio, no debe ser denotativo, solamente, del ejercicio de una actividad por parte del agente provocador dirigida a suscitar una acción delictiva cuya ejecución principal corre a cargo del sujeto provocado. De entenderse así, habría que decir que difícilmente el agente provocador puede asumir la condición formal de autor principal del hecho. Desde esta perspectiva podría pensarse que el agente provocador cuando realiza una conducta de aparente autoría, no toma la iniciativa, sino que se limita a desarrollar una conducta cuyo origen puede encontrarse en el comportamiento de otra persona. Por eso al tratar anteriormente de la conducta provocadora se dijo que bajo la misma se debe incluir cualquier tipo de intervención en una infracción criminal en la que un sujeto (agente provocador) obra sin voluntad de producir el desvalor que fundamenta lo injusto del delito afectado, sino con la sólo intención de que otro u otros copartícipes se hagan merecedores de una pena(60). La conducta provocadora significa de este modo, no ya el ejercicio de una actividad promotora del delito, sino la creación de las circunstancias por virtud de las cuales otra persona se hace responsable criminalmente. Bajo este punto de vista puede decirse que no se provoca tanto a un sujeto para que realice un hecho criminal, como una actividad ajena a consecuencia de la cual cobra vida la persona del provocado; y ello con independencia de si el delito ha sido o no suscitado, inicialmente, por el agente provocador. La existencia de la per

(60) Véase atrás p. 111.

sona del provocado está, por tanto, en función de la presencia de otro sujeto que asume la condición de agente provocador: ambos son complementarios. Y para centrar en sus justos términos el tema, es preciso que tanto uno como otro desarrollen un comportamiento -al menos de forma indiciaria- capaz de ser sometido a un juicio de valor jurídico penal. Poco importan los medios a través de los cuales logra el agente provocador que el provocado realice una conducta criminal. Por eso si la iniciativa de la conducta parte, en el plano fáctico, de la persona del agente provocador o de la persona del provocado, es algo que excede al análisis que me ocupa. Lo único decisivo es que los actos del provocado, bien en su origen o desarrollo, han sido o están siendo manipulados por el agente provocador, al obrar éste con el sólo fin de que aquél se haga responsable criminalmente. Concebida en estos términos la función provocadora de la conducta del agente provocador, nada se opone a que éste aparezca como autor principal del hecho que realiza en solitario (agente provocador al revés), en tanto que la persona del provocado lo haga como partícipe (inductor, cooperador necesario, cómplice...) Y ello porque sólo así podrá lograr la reacción en el sentido deseado: obtener la punición del provocado.

En el plano fáctico puede suceder que la conducta provocadora, del agente provocador que actúa como autor principal único, esté situada en un momento anterior a la realización de los actos constitutivos de la autoría. Sin embargo a los efectos que ahora nos ocupa, solamente interesa analizar su comportamiento una vez que adquiere relevancia jurídico penal. Por este motivo la conducta provocado-

ra del sujeto que se comporta como autor principal, radica en los propios actos de autoría, aunque quizá anteriormente se haya servido de otros procedimientos para lograr que la persona del provocado intervenga a título de partícipe.

Para fundamentar en los casos planteados una posible responsabilidad en el provocado que actúa como partícipe, necesariamente la conducta del agente provocador deberá ser típicamente antijurídica, en virtud del principio de la accesoriedad limitada, hoy mayoritariamente aceptado como dogma por el que se debe regir la participación(61).

Según se vió en el proceso evolutivo del concepto, la doctrina penal casi con unanimidad sostiene que el requisito que distingue al agente provocador, frente a todo copartícipe de un delito, es el de obrar sin querer que se produzca la consumación del hecho, sino sólo con voluntad de tentativa(62). En su momento se dijo que tal afirmación carece de base pues no es posible, en atención a consideraciones de orden sistemático, estar en posesión de una voluntad dirigida únicamente a producir una tentativa. Y tal cosa sucede no sólo, según se indicó, con respecto al autor principal, sino también con respecto a los partícipes en virtud de la relación funcional y sistemática existente entre participación criminal, tipo de tentativa y tipo de delito (63). Tanto la tentativa como la frustración son siempre el residuo de un comportamiento fracasado que apunta a la plena realización del delito. Es un contrasentido lógico

(61) Cfr. por todos RODRIGUEZ DE VESA, Derecho penal español. Parte general, 681 s.

(62) Véase atrás p. 43 ss.

(63) Véase atrás p. 68 ss.

hablar de una simple voluntad de tentativa en la sistemática del Derecho penal. Ciertamente que el agente provocador no quiere que tenga lugar la consumación del hecho, pero la aceptación de esta carencia volitiva no implica decir que sólo obra con voluntad de tentativa. Por el mismo motivo que no quiere la consumación, tampoco puede querer la tentativa o frustración, al requerir éstas un contenido de voluntad orientado a la plena realización del delito. De ahí que en este estudio se mantenga el punto de vista según el cual lo que caracteriza al agente provocador es que obra sin querer que se alcance el desvalor que fundamenta lo injusto del hecho afectado. Y con tal fin, pues no es bastante una simple voluntad interna, introduce medidas precautorias o de garantía para evitarlo. Si a pesar de esta carencia volitiva, los actos del agente provocador son merecedores de un juicio de desvalor por haber contribuido fácticamente a lesionar o poner en peligro el bien jurídico, tal conclusión debe ser la consecuencia y nunca el presupuesto. Por ello cuando la doctrina dominante dice que el agente provocador debe quedar exento de pena porque no quiere la consumación del hecho, sino sólo que se realice una tentativa, no sólo incurre en una seria contradicción sistemática, sino que además acude a unos apriorismos y a unas generalizaciones inadecuadas en la Ciencia del Derecho penal.

De estas precisiones se deduce que el agente provocador no es que **no aspire** a la consumación del delito, sino que a la vez y por el mismo motivo ~~tampoco~~ obra con voluntad de tentativa o de frustración, al no querer que se produzca la lesión del bien jurídico.

Los supuestos que a continuación se estudian son aquellos en los que el agente provocador obra a título de supuesto autor, y por tanto el provocado lo hace como partícipe, pues sólo así conseguirá que éste se haga merecedor de una pena. Ello significa que al menos de forma indiciaria, y formalmente, el comportamiento del agente provocador deberá ser típicamente antijurídico, pues en virtud del principio de la accesoriedad, lo injusto del partícipe se deriva de lo injusto que realiza el autor principal. Precisamente esta contradicción es uno de los presupuestos en los que hay que centrar la atención para destacar la estructura de la conducta provocadora: por un lado el agente provocador no quiere que se produzca la consumación, ni por tanto la tentativa ni la frustración, pero por otro a fin de lograr que el provocado se haga responsable criminalmente debe contribuir, de uno u otro modo, a la realización de un hecho punible. No parece razonable decir que puesto que no quiere la consumación -carece del dolo de consumir el delito- debe, sin más, y de forma apriorística, quedar exento de responsabilidad criminal.

Partiendo de la constancia de esta estructura contradictoria, el comportamiento del agente provocador que obra como supuesto autor principal es incompatible con la voluntad de consumación y por tanto de frustración y de tentativa- aunque sí será posible que no obstante esta carencia volitiva, de hecho se produzca la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico. La pregunta que ahora hay que formular es la siguiente: ¿Cabe en algún caso hacer responsable al agente provocador que obra como supuesto autor en sentido propio, no obstante obrar sin voluntad de

producir el desvalor que fundamenta lo injusto del hecho?

Llegados a este punto, convendrá iniciar el análisis de una serie de supuestos siguiendo el orden lógico de progresión delictiva: se comienza por los casos que constituyen una tentativa, para después examinar la frustración, y por último la consumación, tanto formal como material.

A.- El agente provocador realiza actos constitutivos de una tentativa.

Los casos de los que me voy a ocupar son aquellos en los que el agente provocador actúa como autor principal único -y por tanto el provocado como partícipe-, y formalmente nos encontramos ante una tentativa por suponer un principio de ejecución del delito. Es decir, la conducta del agente provocador muestra una objetiva tendencia a la ejecución de un hecho delictivo.

Antes de iniciar el análisis del problema, es preciso hacer unas observaciones sobre la tentativa.

La función que le está reservada a la tentativa es extender la pena a comportamientos que no suponen la plena realización del tipo de la parte especial, sino sólo un principio de ejecución. El tipo de la tentativa resulta, por tanto, -indica CEREZO- "de la integración del precepto general del párrafo 3º del art. 3º con el precepto que regula el delito que el autor quiere realizar"(64). A su vez

(64) CEREZO, Lo objetivo y lo subjetivo en la tentativa, 25. En la doctrina alemana hoy domina el criterio -favorable- tras la nueva redacción del párrafo 22 del StGB- de que la tentativa existe cuando de acuerdo con el total plan

el fundamento de la pena en la tentativa en nuestro sistema penal está formado por un componente objetivo y otro subjetivo, de cuya síntesis deriva lo injusto de la misma. El elemento objetivo lo constituye la creación de un peligro para el bien jurídico afectado(65). El elemento subjetivo lo forma la voluntad del sujeto dirigida a realizar el delito. Dicha voluntad, sin embargo, en la sistemática de nuestro Código no se puede identificar con la malicia, según la terminología que utiliza el texto legal, pues ésta precisa de la conciencia de la antijuricidad(66). Por ello la voluntad de realizar el hecho, desprovista de la conciencia de la antijuricidad, pertenece -indica RODRIGUEZ MOURULLO-, como elemento subjetivo, a lo injusto de la tentativa(67).

De lo que se acaba de indicar resulta que existe una manifiesta contradicción entre la conducta que caracteriza al agente provocador y los presupuestos sobre los que se asientan lo injusto en la tentativa: el agente provocador carece de voluntad orientada a producir el desvalor que fundamenta lo injusto del delito, en tanto que la tentativa requiere intención de realizar el delito. Aun cuan

..... o representación del sujeto, éste procede inmediatamente a la realización de la ejecución típica. Cfr. JES CHECK, AT, 392, (2ª ed.); WELZEL, Strafrecht, 190; WESSELS, AT, 109.

(65) Cfr. CEREZO, Lo objetivo y lo subjetivo en la tentativa, 9 ss. y 28 ss. Sobre la discusión en torno a si debe ser un peligro concreto o abstracto, puede consultarse la obra de CEREZO (33) y RODRIGUEZ MOURULLO, en Comentarios, I, 94 y 124.

(66) Cfr. RODRIGUEZ MOURULLO, en Comentarios, I, 95 s.

(67) RODRIGUEZ MOURULLO, en Comentarios, I, 95 s. y 124 s.

do los actos del agente provocador que actúa como supuesto autor principal, formalmente supongan un principio de ejecución, la ausencia en su voluntad de realizar el delito, imposibilita fundamentar lo injusto de la tentativa. Pero es que además por regla general sólo en apariencia existirá el elemento objetivo, es decir, la efectiva puesta en peligro del bien jurídico.

Por ello se pueden distinguir sistemáticamente dos situaciones: aquellas en las que el principio de ejecución no implica necesariamente la efectiva puesta en peligro del bien jurídico, de aquellas otras en las que necesariamente la objetiva realización de los actos ejecutivos significa la creación de un riesgo para el bien tutelado. En el primer caso nos encontramos ante unos actos inocuos, privados de toda base para fundamentar un juicio de desvalor. Piénsese en el supuesto en el que el agente provocador para hacer que el provocado, que obra a título de supuesto partícipe, se haga acreedor a una pena, simula dar principio a un hecho delictivo sin crear peligro alguno para el bien jurídico.

Distinta valoración deberá concederse a los casos en los que el principio de ejecución ya implica una puesta en peligro, o el agente provocador progresa hasta tal punto en la realización de su conducta, que no obstante carecer de voluntad de resultado y haber previsto la evitación de todo riesgo, el peligro para el bien jurídico, constitutivo de una tentativa, sobreviene. A este respecto hay que decir que a pesar de tener lugar una situación de peligro para el bien jurídico, tanto en uno como en

otro caso, si se obra con rigor sistemático no será posible considerar la conducta de quien así actúa como de tentativa, pues si bien el elemento objetivo tiene lugar -la puesta en peligro del bien jurídico- falta el subjetivo al carecer el agente provocador de voluntad de realizar el hecho. Su conducta no fundamentaría lo injusto de la tentativa, previamente a cualquier consideración sobre el dolo, es decir, sobre el conocimiento y voluntad de realizar los elementos del tipo a conciencia de su antijuricidad. La posibilidad de apreciar una tentativa culposa debe quedar excluída al no ser compatible ésta con la figura del delito imprudente(68). Téngase en cuenta que no nos encontramos ante una tentativa de un delito culposo cuya posibilidad es admitida generalmente por la doctrina(69). Esta se basa en unos presupuestos diferentes, pues mientras el agente provocador carece de voluntad de resultado, en la tentativa de un delito culposo sí es posible apreciarla. Cosa diferente es si la tentativa en un delito culposo debe o no ser castigada de acuerdo con la orientación que se debe seguir según la sistemática del Código penal. Se suele citar como ejemplo de tentativa en un delito culposo, el supuesto en el que un sujeto, con error vencible, dispara contra otro creyendo que se encuentra en una situación de legítima defensa. En este caso, operando con la teoría estricta del dolo(70), cabe construir

(68) Cfr. CEREZO, Lo objetivo y lo subjetivo en la tentativa, 9.

(69) Antonio QUINTANO RIPOLLES, Derecho penal de la culpa, Barcelona, 1958, 201 s.; RODRIGUEZ MOURULLO, en Comentarios, I, 148 s.; MAURACH, Tratado II, 182.

(70) Cfr. RODRIGUEZ DE VESA, Derecho penal español. Parte general, 537 s. Véase además Angel TORTO, "El 'error iuris', perspectivas materiales y sistemáticas" en Anuario, 1975, 31ss.

una tentativa de delito culposo, pues el sujeto obra con voluntad orientada hacia el resultado, aunque no dolosamente por carecer de la conciencia de la antijuricidad. QUINTANO proponía distinguir, a fin de encontrar una solución para tales casos, las distintas hipótesis posibles en orden al resultado producido. Así, de tener lugar la muerte de la persona, en opinión de QUINTANO estaríamos ante un homicidio consumado culposo por no haberse cerciorado de la certeza del ataque; de producirse unas heridas, se calificarían de lesiones consumadas culposas por ser éste el hecho ejecutado; y por, fin, de no herirle ni matarle, cree QUINTANO que no estaríamos en presencia de ningún hecho culposo "por no haberse ejecutado nada"(71). Con razón para este último caso RODRIGUEZ MOURULLO indica que si bien la conclusión es exacta, no sucede lo mismo con la fundamentación, pues el sujeto realiza un acto típicamente ejecutivo, como es disparar, y si no obstante ello no resulta punible, se debe a otras razones(72). RODRIGUEZ MOURULLO dice a este respecto "que la impunidad de la tentativa de los delitos imprudentes no puede fundamentarse tan sólo en base a que el art. 565 exige la ejecución de un hecho", sino en que requiere inexcusablemente la ejecución de un hecho que constituiría delito; y la expresión delito debe tener en el art. 565 el mismo significado que tiene en el art. 3 es decir, "tipo de delito consumado"(73).

(71) QUINTANO, Derecho penal de la culpa, 201 s.

(72) RODRIGUEZ MOURULLO, en Comentarios, I, 149.

(73) RODRIGUEZ MOURULLO, en Comentarios, I, 149.

Adviértase que en el caso del agente provocador, a diferencia del supuesto citado, conceptualmente se excluye que obre con voluntad de resultado como consecuencia de no querer que tenga lugar el desvalor que fundamenta lo injusto del hecho afectado. Piense en el siguiente caso: el agente provocador, que obra a título de supuesto autor principal, dispara contra un individuo (a instancias, claro está, del individuo que aquí aparece como la persona del provocado), e intencionadamente yerra el tiro, pero se produce una situación de peligro, aun cuando no resulte alcanzado el sujeto, para el bien jurídico vida. No sería posible construir una tentativa de homicidio al faltar la voluntad de cometer el delito. Tampoco una tentativa en un delito de homicidio culposo, aunque impune según se acaba de ver de acuerdo con la sistemática del Código penal, por idéntico motivo. Solamente en el caso de producirse unas heridas cabría plantearse si estamos en presencia de unas lesiones (tentativa cualificada), pero nunca sería posible hablar de una tentativa de homicidio pues no hay compatibilidad entre el comportamiento del agente provocador y la estructura de la tentativa.

Los supuestos de frustración deben ser tratados de forma semejante a la tentativa al asentarse lo injusto de aquélla sobre los mismos principios que ésta. Una vez que se han realizado formalmente todos los actos que deberían producir como resultado el delito, habría que distinguir si se ha sobrevenido o no una puesta en peligro para el bien jurídico. De no tener lugar, los actos del agente serán inócuos. Si se ha producido una situación de peligro para el bien jurídico, sucede lo mismo que se ha indi

cado para la tentativa: al carecer el agente provocador de voluntad de realizar el delito, sistemáticamente no cabría decir que su conducta fundamenta lo injusto de la frustración.

Tanto en estos casos como en los anteriores cabe plantearse el problema de la tentativa cualificada. De este modo cabría pensar que si bien el agente provocador no puede resultar castigado por el aparente delito-fin pretendido, sí lo habría de ser por el delito-medio realizado, constitutivo de una configuración típica autónoma. A este respecto conviene hacer algunas precisiones. En el ejemplo propuesto al tratar de la tentativa -y se puede hacer extensible a la frustración- se planteaba el caso en el que el agente provocador dispara sin intención de matar, o ha tomado todo tipo de garantías para evitar el resultado, pero se producen unas lesiones. Se ha rechazado la posibilidad de hacer responsable criminalmente de un delito de homicidio, asesinato, etc. en grado de tentativa o frustración, al carecer de voluntad de cometer el hecho. El problema está ahora en saber si cabría poner a su cargo las lesiones producidas. El tema ha sido tratado de distinto modo en la literatura penal y sin duda que con relación al agente provocador cobra especial relieve(74). Como ha indicado RODRIGUEZ MOURULLO, en materia de tentativa cualifi

(74) Cfr. MAURACH, Tratado II, 211. SAMSON, en Systematischer Kommentar, I, 208. Este autor, al contrario que Maurach, considera que el dolo de matar comprende, en cuanto que representa un maius, el dolo de lesionar.

cada deberá observarse la exigencia de que concurra la culpabilidad adecuada a la figura de delito cuyo tipo objetivo satisfacen los actos ejecutivos realizados(75). De ahí que no pueda pasarse por alto que el agente provocador no quiere cometer ningún delito. Por eso mientras su dolo no haya captado -al menos condicionalmente- los diferentes extremos de la configuración autónoma realizada, en modo alguno le podrá ser imputada a título de dolo. Por ello con razón se suele reconocer por la doctrina que el dolo de matar excluye conceptualmente al dolo de lesionar(76). En el caso del agente provocador lo consecuente es afirmar que no quiere ni una ni otra cosa. La única vía, aunque también siempre que se respete el principio de culpabilidad, sería ver la posibilidad de imputar el hecho a título de culpa.

Por último conviene advertir que ni el desistimiento en la tentativa, ni el arrepentimiento en la frustración, encuentran aplicación directa al comportamiento del agente provocador. Se ha dicho que tanto la tentativa como la frustración son causas de extensión de la pena, y que el fundamento de su castigo radica en la exteriorización de una voluntad de cometer un delito que pone en peligro un bien jurídico. Según ha indicado MUÑOZ CONDE el motivo por el cual el desistimiento y el arrepentimiento excluyen la pena de la tentativa y de la frustración, es que tanto en uno como en otro caso se anula la propia causa de ex-

(75) RODRIGUEZ MOURULLO, en Comentarios, I, 139.

(76) Cfr. RODRIGUEZ DEVEZA, Derecho penal español. Parte especial, 130; CORDOBA, Notas, II, 211 n. 12.

tensión de la penalidad(77). Ahora bien, para poder aceptar la existencia de un desistimiento o de un arrepentimiento, previamente hay que reconocer que el sujeto tiene intención de cometer el delito, pues de otro modo la acción de regreso iría proyectada hacia el vacío: difícilmente puede uno desistir o arrepentirse de lo que nunca quiso cometer. Consecuentemente, si el agente provocador, que actúa como su supuesto autor, debe quedar exento de responsabilidad, ello no se deberá a un aparente arrepentimiento o desistimiento, sino antes bien a que su conducta no fundamenta lo injusto de las formas imperfectas de ejecución.

De igual modo tampoco encuentran aplicación a la conducta del agente provocador lo dispuesto en el párrafo tercero del art. 1 y su correlativa concordancia con el art. 50(78). Ambos preceptos presuponen que el sujeto obre con voluntad de delinquir, pero que ejecute un delito distinto del que se había propuesto ejecutar. Está claro, según el planteamiento conceptual del que se parte en este estudio, que el agente provocador carece de voluntad de delinquir.

B.- Consumación del delito en contra de la voluntad exteriorizada del agente provocador.

Solamente me voy a ocupar aquí de aquellos casos en los que a pesar de no querer el agente provocador que se produzca la consumación del hecho, éste sobreviene. Cla-

(77) Francisco MUÑOZ CONDE, El desistimiento voluntario de consumir el delito, Barcelona, 1972, 63 ss.

(78) Cfr. RODRIGUEZ MOURULLO, en Comentarios, II, 207 ss.

ro está que si actúa a título de supuesto autor, sólo se podrá decir que no quiere que se alcance la consumación cuando ha tomado medidas de garantía o precautorias, o sus actos solamente en apatencia muestran una objetiva tendencia a la ejecución de un delito. No bastará por tanto la simple presencia de una voluntad interna de no querer la consumación. Quedan por tanto excluidos los casos en los que el sujeto quiere desde un principio la consumación del delito, aunque obre con el sólo fin de que otro copartícipe se haga acreedor a una pena. Según se dijo, en tales circunstancias no se dan los presupuestos conceptuales que distinguen al agente provocador(79).

Sobrevenido el resultado típico en contra de su voluntad, ¿cómo ha de valorarse la conducta del agente provocador?

La doctrina jurídico penal generalmente acepta para aquellos casos en los que el agente provocador actúa como supuesto inductor, que la posibilidad de fundamentar una responsabilidad a título de culpa no puede quedar descartado(80). Cuando el problema se suscita con relación a un agente provocador que obra a título de supuesto autor, el planteamiento debe ser el siguiente: al contrario de lo que se ha dicho para la tentativa y la frustración, ha de tenerse en cuenta ahora que operando con la sistemática que centra el dolo en la culpabilidad, al que toma como una de sus formas, en principio nada impide poder considerar realizado lo injusto típico una vez que se ha producido la lesión del

(79) Véase atrás p. 103 s.

(80) Véase más adelante p. 401 ss.

bien jurídico. Por tanto, constatada la antijuricidad de la conducta, el paso inmediato para esta teoría será analizar si se ha actuado de forma dolosa o culposa. La sistemática que considera que el dolo -dolo natural, desprovisto de la conciencia de la antijuricidad- forma parte del tipo de lo injusto de los delitos dolosos, distinguiría ya en el tipo si ha obrado conforme al tipo de lo injusto de los delitos dolosos o al tipo de lo injusto de los delitos culposos. En consecuencia, para la primera teoría, una vez que se ha comprobado la producción del resultado típico, la posibilidad de fundamentar a cargo del agente provocador una responsabilidad culposa no debe quedar excluída. Por el contrario la aceptación de una responsabilidad a título de dolo, aunque sea en su forma menos acusada, esto es, como dolo eventual, presenta serias dificultades. Ciertamente que ni en el dolo eventual, ni incluso tampoco en el dolo de ^{2º} ~~segundo~~ grado, siempre es posible establecer una conexión entre voluntad del sujeto y el resultado producido(81). Sin embargo no puede darse de lado la circunstancia especial presente en el comportamiento del agente provocador: éste no quiere ~~cometer~~ ningún delito y por ello sus propios actos sólo en apariencia muestran una tendencia objetiva a la ejecución de un delito; o bien ha tomado las medidas precautorias pertinentes para evitar todo riesgo. Por ello creo que solamente deberá tomarse en consideración la posibilidad de aceptar un comportamiento culposos. Ahora bien, tal cosa no puede hacerse sin respetar, en todo caso, el principio de culpabi

(81) Cfr. GIMBERNAT, "Acerca del dolo eventual", 142.

lidad, también imperante en las conductas culposas y del que con cierta frecuencia se prescinde. Por ello debe estar siempre presente al examinar la factible responsabilidad criminal del agente provocador a título de culpa, que su intención era la de evitar todo riesgo al bien jurídico y con ese fin habrá tomado las medidas precautorias pertinentes.

Hay que eludir, también en los comportamientos culposos, que la responsabilidad esté basada simplemente en el resultado.

La sistemática que sitúa el dolo en el tipo de lo injusto da los delitos dolosos, difícilmente podrá aceptar un comportamiento doloso en el agente provocador cuando en contra de su voluntad sobreviene el resultado. Y ello porque si se dice que lo que caracteriza al agente provocador es que no quiere la realización del delito, de la misma forma que se excluía que su conducta fundamentara lo injusto de la tentativa, ahora en la consumación hay que llegar a la misma conclusión, pues el dolo, al situarle sistemáticamente en el tipo, cumple idéntica función en la tentativa y en la consumación(82). El comportamiento culposos sólo se fundamentaría, para esta teoría, si el agente provocador ha omitido un objetivo deber de cuidado.

(82) Cfr. WELZEL, El nuevo sistema, 63; José CEREZO MTR, "Lo injusto de los delitos dolosos en el Derecho penal español", en Anuario, 1961, 57 ss.

C.- El agente provocador sólo quiere la consumación formal del hecho.

En el proceso evolutivo del concepto de agente provocador se dijo que una de las categorías de casos típicos propuestos por HEILBORN era aquella en la que el agente provocador solamente aspiraba a que se produjese la consumación formal, no material, del delito(83). Expresamente aluden tanto este autor como JOHANNIEMANN a los casos en los que el agente provocador interviene en un hurto o en una falsificación de moneda, queriendo, en ambos casos, sólo la consumación formal del hecho, pues se tiene previsto recuperar inmediatamente lo sustraído y devolverse lo a su dueño, o evitar que la moneda sea puesta en circulación(84).

La distinción sistemática entre consumación formal y consumación material es admitida normalmente por la doctrina alemana(85). En la diferenciación está latente el pen

(83) Véase atrás p. 52 s.

(84) HEILBORN. Der agent provocateur, 6 ss.; JOHANNIEMANN, Die Strafbarkeit des Spitzels, 31 ss.

(85) Así, por ejemplo, WELZEL, Strafrecht, 188 s.; JESCHECK, AT, 418; STRATENWERTH, AT, 190 s.; SCHMIDHAUSER, AT, 254 y 590; MAURACH, Tratado, II, 372. Con relación al agente provocador ya se planteaba la diferenciación entre consumación material y consumación formal, GLASER, "Zur Lehre vom Dolus", 36; GEYER, en Handbuch des deutschen Strafrechts (Holtzendorff) II, 349; en contra de la distinción, KATZENSTEIN, "Der agent provocateur", 420 ss.; Véase también Antonio QUINTANO RIPOLLES, Tratado de la Parte especial del Derecho penal, 2ª ed., Madrid, 1977, 175, quien cree ver un antecedente en nuestro VIADA (Cfr. Salvador VIADA Y VELLASECA, Código penal reformado de 1870, 4ª ed. Madrid, 1890, 36); RODRIGUEZ MOURULLO, en Comentarios, I, 71 s.

samiento desarrollado por BINDING en su teoría de las normas cuando distingue entre contravención de la norma y lesión o puesta en peligro del bien jurídico(86). Desde esta perspectiva la consumación formal significaría la simple contravención del mandato o de la prohibición, cuando ello no implica, a su vez, como sucede de ordinario, la lesión o puesta en peligro del bien jurídico. Consecuentemente no todo delito admite una consumación formal, sino sólo aquellos en los que se considera ya consumado el Verbrechen, entendido como categoría sistemática, antes de que lo sea el Delikt(87). Tal sucede, ejemplifica BINDING, en los delitos puros de tentativa, en los delitos mutilados de dos actos, y en los de resultado cortado(88). De este modo, dice SINGEWALD, el agente provocador puede querer algo más que la simple tentativa del Verbrechen y no necesita querer, sin embargo, la consumación del Delikt: luego puede querer, continúa, la consumación del Verbrechen(89).

Del problema me ocupo más extensamente al exponer las relaciones entre la consumación formal y el agente provocador que obra como inductor. La oportunidad de esta remisión queda justificada cuando se tiene presente que la cuestión sólo ha sido tratada por la doctrina cuando el agente provocador obra a título de supuesto instigador(90). Ahora baste adelantar que modernamente se suele decir que hay consumación formal, respecto de aquellos delitos que la

(86) Cfr. BINDING, Normen, I, 327 y 397 ss. Véase atrás p.59ss.

(87) Cfr. SINGEWALD, Der agent provocateur, 11 y 82. Véase atrás p.60s.

(88) BINDING, Lehrbuch, I, BT, 9 ss.

(89) SINGEWALD, Der agent provocateur, 82.

(90) Véase más adelante p. 406 ss.

admiten, cuando el sujeto ha realizado el comportamiento descrito en el precepto, en tanto que la material sólo sobreviene cuando se alcanza la intención propuesta en el tipo, indica WELZEL; otras veces, cuando se llega a la irreparabilidad, dice MAURACH; o de acuerdo con la opinión de STRATENWERTH, cuando se verifica, propiamente, el resultado de lo injusto(91).

El fundamento de la contraposición de la consumación formal a la consumación material se encuentra en que para determinados delitos el legislador ha adelantado, en atención a consideraciones de política criminal, el comienzo de la consumación a un momento anterior a su terminación fáctica(92). De este modo se otorga una mayor protección al bien jurídico.

Cuando el agente provocador actúa como supuesto autor, el problema de la consumación formal se plantea en los siguientes términos: su comportamiento no aspiraría a producir una consumación material, sino simplemente a realizar formalmente los elementos descriptivos del tipo. Por ello en aquellas especies delictivas que admiten una consumación formal, su conducta sólo fundamenta ésta, no la consumación material.

(91) Cfr. WELZEL, Strafrecht, 188 s.; MAURACH, Tratado, II, 372; STRATENWERTH, AT, 190. Cfr. además, SCHMIDHAUSER, AT, 254; RUDOLPHI, en Systematischer Kommentar, I, 182.

(92) Cfr. Hans Heinrich JESCHECK, "Wesen und rechtliche Bedeutung der Beedigung der Straftat", en Welzel Festschrift, 1974, 685; EL MISMO, AT, 418; El problema tiene importancia para la participación criminal, apreciación de circunstancias, prescripción...

La valoración de la conducta del agente provocador no se debe hacer con el criterio que por lo común utiliza la doctrina penal al dar solución a los casos en los que no estamos ante una supuesta actividad de autoría sino de instigación. Según la opinión dominante en estos últimos casos el agente provocador no podría ser castigado porque carece del dolo exigido por la consumación, es decir, debe querer la plena realización de la totalidad de los elementos del tipo, y como su dolo sólo abarca la consumación formal, pero no la material, no hay base alguna para sustanciar una responsabilidad criminal(93). De acuerdo con el punto de vista tradicional en materia de agente provocador, se hace del problema de la consumación formal una cuestión de dolo.

Por mi parte pienso, como ya se ha reiterado en varias ocasiones, que el problema no está tanto en la presencia o ausencia del momento volitivo requerido por el dolo, como en que su conducta no fundamenta previamente un comportamiento típicamente antijurídico. Si el agente provocador ha tomado todas las garantías para evitar la consumación material del hecho, como así sucede, la posible subsunción formal de su conducta en el tipo no implica más que una apariencia de ataque al bien jurídico. En otros casos, de igual modo su falta de responsabilidad derivará no de que no obre con dolo de consumir materialmente el hecho, sino de que su conducta no fundamenta el tipo de lo injusto del delito en cuestión por carecer de la particular intención, tendencia, disposición anímica, etc., requeridas por buena

(93) Véase más adelante p. 413 ss.

parte de los delitos en los que cabe diferenciar entre consumación material y consumación formal. Así, cuando el agente provocador, siguiendo las instrucciones de otro, -a quien precisamente quiere involucrar en un hecho delictivo a fin de que se haga responsable criminalmente como induc- tor- toma una cosa mueble en las condiciones formales del art. 514 n. 1 pero con intención de devolvérsela a su due- ño, su falta de responsabilidad no derivaría de que su do- lo sólo capta la consumación formal, sino de que al care- cer del ánimo de lucro su conducta no fundamenta el tipo de lo injusto del delito de hurto. En definitiva, si no se produce menoscabo alguno en el bien jurídico, no hay base para fundamentar un comportamiento típicamente anti- jurídico. Y si esto es así, de acuerdo con la teoría que centra el dolo en la culpabilidad, el exámen de si el su- jeto quiere o no la consumación material aparece como o- cioso. Esta conclusión se puede hacer extensible tanto a los delitos de resultado como a los de simple actividad. Ciertamente que en estos últimos con la mera relación de la conducta (acción u omisión) sin exigirse un resultado exterior independiente en el tiempo y en el espacio, se produce la lesión del bien jurídico. Sin embargo no es menos cierto que aun cuando se de esa coincidencia, la dualidad lógica representada por un lado por la conducta, y por otro por la lesión o puesta en peligro del bien ju- rídico, es también evidente. Y si el agente provocador, a pesar de que sea posible subsumir su comportamiento for- malmente en el tipo del delito de mera actividad, ha pre- visto, como así sucede, la evitación de todo menoscabo al bien jurídico, no hay base alguna para sustanciar una res- ponsabilidad criminal a su cargo al no obrar antijurídica- mente.

D.- Delitos pluripersonales y agente provocador.

Especial interés merecen, en el análisis del comportamiento del agente provocador que obra como supuesto autor principal, los casos en los que éste interviene en un delito pluripersonal o plurisubjetivo; es decir, aquellos en los que el tipo requiere para su verificación, por ser elemento constitutivo del mismo, que dos o más personas actúen de un modo determinado(94). Insistentemente la doctrina penal ha señalado -entre nosotros BARBERO SANTOS- que ni el encuadre sistemático que frecuentemente se les atribuye, ni la denominación de participación necesaria con que se les califica, responde a los postulados sobre los que se asienta el delito plurisubjetivo(95). De ahí que sistemáticamente fuese conveniente separarles de la participación criminal, y reservar la expresión participación necesaria, si es que se quiere conservarla, para aquellos casos en los que si bien la figura legal requiere la intervención de al menos dos sujetos, alguno de ellos no puede ser considerado ni autor ni partícipe, por no estar castigada su conducta, o estar construido el tipo en su beneficio, etc., tal como sucede, por ejemplo, en el estupro(96). Cuando las conductas de todos en abstracto son punibles como autores, se suele hablar de delito colectivo(97).

(94) Marino BARBERO SANTOS, "El bandolerismo en la legislación vigente" en Anuario, 1970, 258.

(95) BARBERO SANTOS, "El bandolerismo", 257 s.

(96) Cfr. RODRIGUEZ DEVESA, Derecho penal español. Parte general, 678 s.

(97) Cfr. BARBERO SANTOS, "El bandolerismo", 259/260.

Desde FREUDENTHAL se distingue entre delitos de encuentro y delitos de convergencia, según que los compartimientos de los diferentes sujetos sean coincidentes y se dirijan a un mismo fin, o se trate de conductas contrapuestas, cuyo encuentro constituye el tipo(98).

Debe advertirse que la presencia de varios sujetos no necesariamente hace que la estructura del hecho responda a los presupuestos de la coautoría en sentido propio que, según se verá más adelante, está basada en el principio de la división del trabajo y la interdependencia funcional de los distintos aportes que concurren en el proceso de ejecución del hecho. Es evidente que no todo delito pluripersonal da lugar a una realización del mismo en régimen de coautoría, aunque todos los que intervienen deban ser considerados autores. Para poder hablar de un delito cometido en régimen de coautoría no es bastante la suma de diferentes comportamientos a título de autor, sino que es preciso que se base en unos principios y presupuestos propios.

La exigencia típica de una convergencia de comportamientos orientados a idéntico fin, o de un encuentro de conductas contrapuestas, trae como resultado que la presencia de un agente provocador en esta clase de infracciones haga que quiebre, en no pocas ocasiones, la estructura del delito

(98) FREUDENTHAL, Die notwendige Teilnahme am Verbrechen, Breslau, 1901, 3 y 122. Cfr. Manuel COBO DEL ROSAL, "Sobre la naturaleza pluripersonal del delito de adulterio", en Anuario, 1967, 153; BARBERO SANTOS, "El bandolerismo", 259. Con razón este último autor censura las denominaciones, pues propiamente la convergencia o el encuentro no es de delitos sino de conductas ("El bandolerismo", 259, n. 21).

pluripersonal. Piénsese, por ejemplo, en la realización de un delito plurisubjetivo por dos personas, una de ellas un agente provocador, en donde si bien formalmente puede hablarse de una convergencia de conductas o de un encuentro de comportamientos, desde el punto de vista sustancial nos encontramos con que los actos del agente provocador por regla general serán inadecuados para formar lo injusto penalmente relevante(99).

De los diversos supuestos posibles, merecen ser destacados aquellos delitos de encuentro configurados como un contrato. La expresión reato contratto ha cobrado carta de naturaleza en la doctrina penal italiana(100), y con ella se alude a los delitos pluripersonales en los que la verificación del tipo requiere, precisamente, la realización formal de un contrato. En nuestro Código penal pueden configurarse así, entre otros, la "venta, donación o tráfico en gene-

(99) Una rica variedad de casos se presenta en los delitos donde intervienen factores tan complejos como son la sexualidad. Así RODRIGUEZ DEVESA (Derecho penal español. Parte especial, 155) indica que "desde el hecho brutal, que, sin duda, contempla el legislador, del asalto a una mujer indefensa, hasta la dependienta que por venganza provoca a uno de los directivos con el propósito de resistir in extremis y acusarle de violación, intentada o consumada,... hay toda una gama de situaciones que pueden alterar grandemente el fundamento de la desaprobación social de la conducta y con ello la reprobación jurídica". Mas que para el caso concreto de la violación, en donde la mujer puede aparecer más que como sujeto activo del delito, simple objeto de la acción, la situación descrita se puede trasladar al supuesto de hecho del estupro, rapto...

(100) Cfr. por todos Filippo GRISPIGNI, Diritto penale italiano, II, 2ª ed. (reimpresión) Milano, 1952, 232 s.

ral, de drogas tóxicas o estupefacientes" (art. 344); la venta de sustancias nocivas a la salud (art. 341); determina-dos supuestos de receptación (artículos 546 bis a) y siguientes), en los que ésta se realiza mediante la compraventa, por ejemplo, de los efectos del delito o de la falta contra la propiedad.

Por otra parte la realidad cotidiana pone de manifies-to que la intervención de un agente provocador, normalmen-te un funcionario de policía o una persona que obra a ins-tancias de ella, es sumamente frecuente en esta clase de de-litos. LUDERSSEN escribe, a este respecto, que al contra-rio de lo que podía suponerse, las modernas técnicas crimi-nalísticas no han logrado prescindir de este tipo de proce-dimientos para combatir cierta criminalidad, como puede ser el tráfico ilegal de estupefacientes, joyas, pieles...(101). También nuestro Tribunal Supremo en distintas ocasiones ha tenido oportunidad de conocer supuestos de compraventa ile-gal de sustancias tóxicas para la salud, en donde una de las partes era un funcionario de policía que hab-ía provo-cado el hecho -según la terminología del Tribunal Supremo- a fin de descubrir actividades criminales de este tipo(102). Sin embargo en ninguno de los casos que me son conocidos se ha planteado el Tribunal de Instancia, ni consecuentemente el Tribunal Supremo, la posibilidad de sustanciar una res-ponsabilidad criminal a cargo del agente provocador. De

(101) Cfr. LUDERSSEN, "Verbrechensprophylaxe durch Verbre-chensprovokation?" 351.

(102) Al delito provocado se consagran unas páginas al fi-nal de este estudio. Véase más adelante p. 463 ss.

ahí que la oportunidad de tratar en este estudio la configuración jurisprudencial del delito provocado -al que se dedican unas páginas al final de este estudio- sólo venga justificado parcialmente.

El sustrato dogmático penal sobre el que se asientan los delitos configurados como un contrato es sumamente discutido en la doctrina italiana. En general se acude a argumentos civilísticos para afirmar o negar la existencia de un negocio contractual. Así CALIFANO indica que en tales delitos "la conducta que asume relieve en el tipo penal consiste en la conclusión del contrato y, en particular, en la manifestación de voluntad, no en la ejecución del contrato concluido", con lo cual una vez producido el encuentro de voluntades el delito se consuma(103). A partir de esta idea, y con referencia al agente provocador, indica que desde el momento en que falta en éste la voluntad de adquirir la cosa, cuando actúa a título de comprador, no es posible la formación del consentimiento que constituye el elemento esencial para el perfeccionamiento de cualquier negocio; por ello concluye diciendo que no surge responsabilidad alguna ni para el vendedor, ni para el falso adquirente, agente provocador(104).

MALINVERNI, por su parte, tras precisar que los conceptos e instituciones de otras ramas del Ordenamiento jurídico no siempre son acogidos por el Derecho penal en su original sentido y valor, indica que si bien el agente provo-

(103) CALIFANO, L'agente provocatore, 49.

(104) CALIFANO, L'agente provocatore, 50.

cador no tiene intención de concluir el negocio, "con la manifestación de voluntad negocial, determina efectos jurídicos también válidos bajo el perfil civilístico"(105). Por ello cree que no hay motivos fundados para excluir en estos casos la configuración del tipo del delito contrato(106).

Por último NEPPI MODONA mantiene un punto de vista intermedio al señalar que el adquirente que actúa como agente provocador si bien en el plano objetivo cumple con los extremos requeridos por el tipo de los delitos configurados como un contrato, se muestra deficiente en el plano subjetivo; y ello por que al no tener la voluntad de atribuir al negocio los efectos prácticos que normalmente vienen unidos a la compraventa, el agente provocador-adquirente no actúa dolosamente y por tal motivo no puede ser castigado; no así -en su opinión- el vendedor en quien se dan todos los requisitos(107).

En la doctrina española solamente LUZON DOMINGO se ha ocupado, de forma incidental, del tema a los efectos que ahora nos interesan. De acuerdo con los principios civilísticos indica que al ser el contrato de compraventa de naturaleza consensual, "se perfecciona por el concurso de la

(105) MALINVERNI, "Agente provocatore", en NDI, 397.

(106) MALINVERNI, L'agente provocatore", en Jus, (Milano) 263: "Por otra parte, bajo el perfil estrictamente civilístico, la recóndita intención del agente provocador, diferente o contraria a la voluntad deliberadamente manifestada, no tiene otro relieve que el de una reserva mental que no impide a la declaración producir sus efectos".

(107) NEPPI MODONA, Il reato impossibile, 254 s.

oferta y la aceptación sobre la cosa y el precio¹⁰⁸(108). Sin embargo en el caso de una compraventa ilegal de sustancias tóxicas, "siendo éste un delito de peligro el mismo no surge -indica LUZON DOMINGO- hasta que, aún perfecto el contrato, éste no se haya consumado por la entrega o puesta a disposición del comprador del producto nocivo"(109). Por eso "a efectos penales y tratándose de delitos contra la salud pública la venta no se ha de entender consumada hasta que el vendedor entregue el producto o ponga el mismo a disposición del comprador", de ahí que no sea posible apreciar la frustración, sino sólo la tentativa o la consumación(110). Tal cosa puede suceder incluso en el caso de que el comprador sea un agente de policía, que es el caso contemplado por este autor.

Por mi parte pienso que el problema de la realización del tipo en los delitos configurados como un negocio contractual debe resolverse al margen de los principios que rigen en el Derecho civil. La perfección o no del contrato para nada afecta a la verificación del tipo. De ahí que la imposibilidad de fundamentar una pena a cargo del agente provocador en esta especie de infracciones se derive de la propia sistemática que rige en la dogmática del Derecho penal.

Dos son los planteamientos que cabe adoptar para dar respuesta al supuesto en que un agente provocador intervie

(108) Manuel LUZON DOMINGO, Derecho penal del Tribunal Supremo, II, Barcelona, 1964, 46.

(109) LUZON DOMINGO, Derecho penal del Tribunal Supremo, II, 46.

(110) LUZON DOMINGO, Derecho penal del Tribunal Supremo, II, 56.

ne en un delito estructurado como un negocio contractual. Podría pensarse, con un planteamiento próximo al de la ausencia de tipo, que desde el momento en que los individuos que concurren en los delitos plurisubjetivos son elementos constitutivos de la figura típica, la inadecuación de uno de ellos significaría una carencia en el tipo(111). Esto querría decir que la realización del tipo estaría en función de la presencia de todos los sujetos constitutivos del mismo, por lo que la persona del vendedor sólo surgiría cuando hubiese base para afirmar que existe un comprador, y viceversa, desde el momento en que la figura de ambos, en cuanto elementos típicos, es complementaria. Creo sin embargo que el pensamiento de la ausencia de tipo conduce a resultados insatisfactorios. Prueba de ello es que allí donde tuvo su inmediata aplicación, esto es, en la teoría del delito imposible, hace tiempo que ha sido desechada, pues apenas si habría un sólo caso en el que se pudiese castigar una tentativa inidónea al caracterizarse ésta, generalmente, por la falta de algún elemento en el tipo(112). Pero es que además al enfrentarnos con la posible responsabilidad del agente provocador, para nada interesa acudir a la teoría del defecto de tipo. Cuando un agente provocador interviene en un delito configurado como un contrato lo que determina su impunidad es que su comportamiento es inadecuado sistemáticamente para fundamentar lo injusto de

(111) Cfr. NUÑEZ BARBERO, Delito imposible, 131; BARBERO SANTOS, "El bandolerismo", 258 y 263.

(112) Cfr. Gonzalo RODRIGUEZ MOURULLO, "Delito imposible y tentativa de delito en el Código penal español", en Anuario, 1971, 385 ss.

la autoría criminal, al no contribuir, de un modo real y efectivo, a la lesión o puesta en peligro del bien jurídico. Qué peligro puede haber para el bien jurídico tutelado en el art. 344 cuando un policía con el fin de reprimir el tráfico ilegal de drogas tóxicas, simula adquirir una sustancia estupefaciente. En modo alguno podría ponerse a su cargo la realización del tipo, pues su comportamiento no fundamenta lo injusto de la autoría criminal al no contribuir a la lesión o peligro del bien jurídico tutelado. Ahí es donde radica su falta de responsabilidad criminal y no en la socorrida teoría de la ausencia de tipo, o en la existencia de una tentativa absolutamente imposible o irreal(113), o, finalmente, tampoco en un supuesto cumplimiento de un deber, etc. Que desde un punto de vista ético o deontológico tales comportamientos deben ser rechazados, es otra cuestión. Y que también la misión de la policía consiste en descubrir los delitos cometidos, no en originar, con respecto a la persona del provocado, uno nuevo, es también algo que no ofrece dudas. Por ello con LUDERSSEN habría que decir que la única manera de erradicar esta práctica policial es que

(113) Cfr. más adelante p. 460 véase además Alfredo DE MARSICO, "Il reato apparente e l'apparenza nella teoria del reato", en Studi in memoria di Arturo Rocco, I, Milano, 1952, 321 ss. De Marsico remite estos supuestos de intervención de un agente provocador en un delito plurisubjetivo al llamado en la doctrina italiana reato apparente, el cual tendría lugar por "la falta, normalmente predispuesta -comúnmente simultánea al comienzo de la acción ejecutiva y constante en el desarrollo de ésta- del sujeto activo propio (exclusivo) o del objeto (material o jurídico) o del sujeto (realmente) pasivo del delito, o de varios de estos elementos, con la sustitución de los mismos por otros que parecen corresponder pero que en realidad no corresponden a los requeridos por la figura legal..."(335 s.).

los jueces rechazasen como medio de prueba cualquier actividad de un agente provocador(114).

E.- Delitos de peligro y agente provocador.

Una cuestión previa, de carácter lingüístico, se impone con relación a los delitos de peligro. La palabra peligro semánticamente cumple la misión de servir de significante para designar una imagen mental cuyo significado viene dado por oposición a lo no peligroso. Exactamente lo contrario al significado de la expresión peligro lo constituye, desde un punto de vista lingüístico, la ausencia del mismo. De ahí que dicho término haya que referirlo a situaciones que efectivamente están carentes de seguridad. Sin embargo el uso del lenguaje acepta que se consideren como situaciones peligrosas aquellas que la experiencia demuestra que normalmente lo son, aunque mediante una comprobación posterior se llegue a la conclusión de que no es así. Se dice de este modo que alguien está en peligro, cuando después se evidencia que tal peligro nunca existió, y por tanto la voz peligro no hace alusión a una situación carente de seguridad. En términos lingüísticos es, pues, absoluta la distinción existente entre el valor de la expresión peligro frente al valor de la expresión seguridad, por razón de la oposición que guardan entre sí; sin embargo el uso del lenguaje, al introducir elementos no lingüísticos, llega a borrar sus fronteras.

(114) LUDERSSEN, "Verbrechensprophylaxe durch Verbrechensprovokation?", 371. Por el contrario STRATENWERTH, (AT, 250) piensa que "si no hay otro camino para luchar contra una determinada clase de criminalidad, así el tráfico ilícito de estupefacientes, se dan en todo caso los presupuestos del estado de necesidad justificante".

Una evolución semejante se opera también en la dogmática del Derecho penal. Se distingue de este modo entre delitos de peligro concreto y delitos de peligro abstracto para diferenciar sistemáticamente dos situaciones estructuralmente distintas: mientras en los delitos de peligro concreto es elemento típico el efectivo peligro que amenaza a un bien jurídico, y por ello se precisa su empírica demostración para que el tipo resulte verificado, en los delitos de peligro abstracto no se incluye como elemento típico la real y efectiva puesta en peligro del bien jurídico, sino que la razón de incriminar la conducta radica en que la experiencia prueba, mediante un juicio de probabilidad previo, que la situación creada es de forma general peligrosa(115). Se puede comprender tras estas precisiones cómo quienes sólo admite la posibilidad de un peligro concreto operan con el rigor semántico que deriva de la oposición peligro-seguridad, y emplean el significante peligro para designar situaciones efectivamente carentes de seguridad(116). Es evidente que desde esta perspectiva purista, el adjetivo abstracto que se hace acompañar a la palabra peligro no añade nada a una situación carente de hecho de peligro, por así haberse comprobado posteriormente. De ahí que algunos

(115) Cfr. Marino BARBERO SANTOS, "Contribución al estudio de los delitos de peligro abstracto", en Anuario 1973, 489; José María ESCRIVA GREGORI, La puesta en peligro de bienes jurídicos en Derecho penal, Barcelona, 1976, 69 s.; GALLAS, "Abstrakte und Konkrete Gefährdung", en Festschrift für Ernst Heinitz, 175; WESSELS, AT, 6.

(116) Cfr. RODRIGUEZ DEVESA, Derecho penal español. Parte general, 361 ss.; RODRIGUEZ MOURULLO, La omisión de socorro, 169; EL MISMO, Derecho penal, I, 279; Cfr. GARCIA PABLOS, Asociaciones ilícitas, 183 s.

autores prefieran hablar de peligro efectivo frente a peligro presunto(117).

Hay que reconocer, no obstante, que la redacción y configuración estructural de ciertos tipos aconseja operar con la tesis según la cual para que se verifique el tipo bastará la realización de la conducta considerada de forma general peligrosa por el legislador, aunque en el caso concreto no se haya producido un efectivo peligro para el bien jurídico protegido. Así, incendiar un edificio sabiendo que hay personas en su interior es suficiente para que se den, en principio, las exigencias típicas del art. 548 del Código penal, aunque en la práctica no haya existido un efectivo peligro para el bien jurídico vida o integridad física de las personas(118).

Por otra parte ~~que ni~~ decir tiene que el peligro ha de ir referido, en sentido ideal, al bien jurídico, y no a la causación nociva, de carácter material, que propiamente recae sobre el sustrato material de la acción(119).

(117) Así RODRIGUEZ MOURULLO, La omisión de socorro, 170; EL MISMO, Derecho penal, I, 279 n. 22. Cfr. Antonio BERISTAIN IPIÑA, "Resultado y delitos de peligro", en Rev. Fac. Der. de Madrid, 1969, 457. Críticamente, BARBERO SANTOS, "Contribución", 492.

(118) La doctrina ha destacado el carácter bifronte del resultado en algunos delitos de peligro; así en el ejemplo del texto se produce, por un lado, la lesión del bien jurídico propiedad (edificio), y por otro un peligro para el bien jurídico vida o integridad física de las personas. Ahora bien, el fundamento y razón de ser del precepto (art. 548) está en el peligro que amenaza al bien jurídico vida o integridad física, y no en la lesión del bien jurídico propiedad. Cfr. a este respecto, Antonio BERISTAIN IPIÑA, "El delito de peligro por conducción temeraria", en RDC, 1970, 20 (separata); BARBERO SANTOS, "Contribución", 491.

(119) Cfr. STRATENWERTH, AT, 80 s.; JESCHECK, AT, 208.

Por fin conviene advertir que cada vez con mayor fuerza surgen opiniones que admiten la posibilidad, para los delitos de peligro abstracto, de una prueba en contrario de la ausencia de peligro, según indican SCHÖNKE-SCHRÖDER-CRAMER(120). Por ello para Arthur KAUFMANN, de llegarse a demostrar la falta de peligro, habría que negar la posibilidad de incriminar la conducta por ser más conforme esta solución con un Derecho penal de culpabilidad(121). En todo caso también en los delitos de peligro abstracto hay que exigir la posibilidad de que sobrevenga el riesgo de lesión del bien jurídico, por lo que si de antemano éste está excluido, no se podrá castigar la conducta(122).

Lo injusto material en los delitos de peligro se configura de modo diferente según sean de peligro concreto o de peligro abstracto. En los primeros está expresado en el propio tipo y consiste en la efectiva puesta en peligro de un bien jurídico. Por el contrario en los delitos de peligro abstracto sólo parcialmente está expresado de ahí que sea suficiente la verificación del comportamiento típico

..... ESCRIBA GREGORI, La puesta en peligro de bienes jurídicos, 37 ss.

(120) SCHÖNKE-SCHRÖDER-CRAMER, Strafgesetzbuch, 1676; Cfr. BERISTAIN, "Resultado y delitos de peligro", 457.

(121) Arthur KAUFMANN, "Unrecht und Schuld beim Delikt des Volltrunkenheit" en JZ, 1963, 432. Cfr. además BARBERO SANTOS, "Contribución", 489; Luis RODRIGUEZ RANOS, "El resultado en la teoría jurídica del delito", en Cuadernos de Política Criminal, I, 1977, 55 s. ; ESCRIBA GREGORI, La puesta en peligro, 77 ss.

(122) Cfr. BARBERO SANTOS, "Contribución", 492 ss.; Harro OTTO, "Straflose Teilnahme?", en Festschrift für Richard Lange, 1976, 216.

sin exigirse, en principio, una empírica demostración de la efectiva puesta en peligro del bien jurídico que se pretende proteger.

Tras estas indicaciones se pasa a exponer los principales problemas que plantean esta clase de delitos con relación al tema del agente provocador. Se ha dicho que conceptualmente lo que caracteriza a éste es que no obra con voluntad de producir el desvalor que fundamenta lo injusto del hecho, y por tanto en los delitos de peligro no quiere que sobrevenga riesgo alguno al bien jurídico tutelado. Se debe insistir en que no es suficiente una mera voluntad interna de no querer la verificación del peligro. Es preciso que dicha voluntad se transforme operativamente en una efectiva imposibilidad de producción del peligro. Sólo de esta forma podrá decirse que no quiere que se produzca el desvalor que da vida al injusto en los delitos de peligro. Por este motivo, y con relación a los delitos de peligro concreto, si el agente provocador que actúa a título de su supuesto autor, ha previsto que no se varíe la situación de seguridad para el bien jurídico, y de hecho así sucede, no será posible fundamentar la pena al no tener lugar lo injusto que motiva su aplicación. Por el contrario si la situación de peligro tiene lugar, no obstante los esfuerzos en contra del agente provocador, hay que remitirse a lo que ya se ha dicho con respecto a la posibilidad de apreciar un comportamiento culposos.

En los delitos de peligro abstracto en principio es indiferente para que tenga lugar la realización de la conducta típica, y con ello lo injusto penalmente relevante,

la comprobación empírica de si se ha producido un efectivo peligro para el bien jurídico. No obstante debe insistirse en que, en todo caso, los delitos de peligro abstracto también requieren la posibilidad de que se realice el peligro. Por ello si el agente provocador de antemano ha introducido medidas de garantía, no es suficiente para fundamentar lo injusto la mera adecuación formal del comportamiento de aquél a la descripción típica. Consecuentemente, si queda eliminada la posibilidad de verificación del peligro, sólo existirá un peligro aparente, según indica OTTO, insuficiente para originar un juicio de desvalor(123).

Finalmente hay que reiterar la idea que ya se ha expuesto con relación a las infracciones de simple actividad (acción u omisión). Es cierto que en los delitos de peligro y simple actividad, lo injusto que fundamenta la pena se produce con la mera acción u omisión. Sin embargo, no obstante esta coincidencia cronológica, la dualidad lógica constituida por un lado por la acción o la omisión, y por otro por la puesta en peligro del bien jurídico, parece que no ofrece dudas. De ahí que si la conducta del agente provocador, que obra como autor, es inadecuada para producir riesgo alguno al bien jurídico, o tiene tomadas medidas de garantía para evitar que sobrevenga el peligro, como de hecho sucede, la mera subsunción formal de su conducta en el tipo no es bastante para fundamentar la pena.

(123) OTTO, "Straflose Teilnahme?", 216. Cfr. Horst SCHRODER, "Die Gefährdungsdelikte im Strafrecht", en ZStW, 1969, 16 s.

IV.- La autoría mediata y el agente provocador.

La necesidad de acoger en la dogmática jurídico penal el concepto y el valor de la autoría mediata viene impuesta, se ha señalado en la doctrina, por una razón de tipo sustancial: los hombres se sirven de otros hombres como simples agentes mediadores para realizar acciones que después han de ser atribuidas a la persona que actúa en la sombra(124). Por este motivo, en atención a consideraciones de orden lingüístico, es necesario dar cabida en el Derecho penal a la expresión autor mediato para abarcar, conceptualmente, aquellas conductas de autoría no referibles ni al comportamiento del autor principal inmediato, ni a la coautoría. Bajo este punto de vista, en Derecho penal existe autoría mediata cuando un sujeto utiliza a otro como mero instrumento para cometer un delito(125).

Punto previo al examen dogmático de la autoría mediata, ha de ser la determinación de aquella parte de la realidad criminal abarcada por la misma; este análisis debe realizarse, metodológicamente, tomando como referencia los distintos comportamientos criminales que integran el proceder criminal, juntamente con la autoría mediata, y se lo reparten conceptualmente. Aquella parcela del comportamiento criminal que comprende la autoría mediata sólo puede determinarse, de este modo, en razón de las oposiciones que guarda con

(124) Así, por ejemplo, RODRIGUEZ MOURULLO, en Comentarios, I, 807; EL MISMO "El autor mediato en Derecho penal español", en Anuario, 1969, 468.

(125) Cfr. por todos, RODRIGUEZ DEVESA, Derecho penal español. Parte general, 675.

el resto de las conductas criminales. De ahí que no parezca conveniente incluir en una misma categoría, bajo un punto de vista conceptual, tanto al autor principal inmediato como al mediato, por ser dos realidades sustancialmente opuestas. Esto no quiere decir que la realidad abarcada por el concepto de autor principal inmediato y la abarcada por el de autor mediato no puedan estar regidas, cada una por su lado, por los mismos principios dogmáticos. Por eso las críticas de la doctrina del dominio del hecho a la concepción objetivo formal de autor están, en esta materia, parcialmente justificadas. Lo están si lo que pretende la teoría objetivo formal es establecer un concepto único de autor igualando dos comportamientos -el de autor principal inmediato y el de autor mediato- estructuralmente diferentes; pues si para esta teoría, autor es quien realiza el tipo, es evidente que el autor mediato, si queremos diferenciarle del autor principal inmediato, no lo realiza del mismo modo que éste último. Cosa distinta será afirmar que también realiza el hecho quien se sirve de otra persona como mero instrumento. Pero con este argumento se están manejando dos planos diferentes: una cosa es considerar aplicables a las dos formas de autoría los mismos principios dogmáticos, y otra equiparar dos conductas estructuralmente opuestas; y desde el momento en que la doctrina objetivo formal toma como punto de partida las diferencias estructurales existentes entre los distintos comportamientos criminales, a fin de determinar conceptualmente a unos y otros, necesariamente debe contar, para llegar a saber lo que de propio tiene cada conducta, con las oposiciones que exis-

ten entre las mismas. Por el contrario la teoría del dominio del hecho recurre a una metodología diferente, pues para ella autor es, con independencia de las diferencias estructurales del comportamiento realizado, quien tiene el dominio del hecho. Se sigue de este modo un proceso metodológico inverso al de la teoría objetivo formal; mientras ésta parte de la realidad sustancial, y conceptualmente la incluye en cada una de las categorías del comportamiento criminal, la doctrina del dominio del hecho prescinde del comportamiento objetivamente realizado: mediante una afirmación dogmática establece que autor es quien tiene el dominio de la realización del tipo; así, en el caso del autor mediano, como consecuencia de tener el dominio de la voluntad, según piensa ROXIN, o por tener el dominio de una voluntad superior o un saber superior, según expresión de SAMSON(126). Por ello, curiosamente, mientras la teoría objetivo formal encuentra grandes dificultades para encuadrar en una misma denominación el concepto de autor principal inmediato y el de autor mediano, pues son dos realidades sustancialmente opuestas, a la doctrina del dominio del hecho las dificultades se la presentan a la hora de distinguir esos dos comportamientos estructuralmente opuestos; y ello porque si autor es quien tiene el dominio del hecho, de ser consecuentes sistemáticamente con este principio, no hay posibilidad alguna de diferenciar, ni tampoco necesidad, entre el comportamiento del autor principal inmediato y el del autor mediano: ambos son autores, sin más, por

(126) ROXIN, Täterschaft, 142 ss.; SAMSON, en Systematischer Kommentar, I, 212.

tener el dominio del hecho(127). Poco debe de importar, desde esta perspectiva, que la conducta del sujeto duponga la realización de propia mano del tipo o que se haya obrado a través de otra persona interpuesta a la que se utiliza como mediador instrumental: la afirmación dogmática de que autor es quien tiene el dominio de la realización del tipo evita el trámite, una vez realizado el acto de valoración que comporta esta teoría, de analizar las diferencias estructurales entre los distintos comportamientos criminales. De este modo se reduce a unos términos excesivamente simplificadores el problema de la autoría mediata: todo el que no ha realizado de propia mano el tipo, pero que tiene el dominio del hecho, (dominio de la voluntad, voluntad superior, saber superior...), se convierte sin más, si actúa por medio de una persona interpuesta, en autor mediato(128). Así SCHMIDHAÜSSER puede afirmar que "para la autoría mediata es del todo ⁱⁿ/significante cómo haya de ser enjuiciado, jurídicamente, el comportamiento del agente mediador. Esto rige en todo caso: es totalmente in

(127) Cfr. RODRIGUEZ DEVESA, Derecho penal español. Parte general, 678. No obstante ROXIN, (Täterschaft, 126 ss y 142 ss.), distingue entre dominio de la acción y dominio de la voluntad. Mientras el primero lo tendría el autor que realiza el hecho de propia mano, el dominio de la voluntad correspondería al autor mediato. En contra de tal diferenciación, CEREZO, "La polémica", 51.

(128) Cfr. CEREZO, "La polémica", 48: "Dentro de los cooperadores necesarios habrá algunos que posean el dominio del hecho y sean en realidad autores (autores mediatos...)." (...) "El que tenga el dominio del hecho será autor, aunque no realice un elemento del tipo (autor mediato o coautor) si el Código se inspira en una concepción personal de lo injusto" (51 s.).

diferente, tanto si la persona interpuesta obra conforme a derecho, antijurídicamente, como si es cómplice o, incluso autor, o actúa culpable o inculpablemente"(129). Es decir, no hay reparo alguno en que a su vez la persona interpuesta obre de forma plenamente responsable.

Hechas estas observaciones, creo necesario distinguir el plano conceptual, que solamente puede determinarse por oposición al resto de los comportamientos criminales, del plano dogmático penal. De acuerdo con esta distinción sistemática, se puede iniciar el estudio de la autoría mediata con una proposición de carácter negativo: el hombre que actúa desde atrás no es partícipe en lo injusto ajeno, pues quedaría eliminada su condición de autor, sino que con su conducta da lugar a lo injusto propio(130); luego la conducta del autor mediato, en atención a consideraciones lógico sistemáticas, puede ser subsumida directamente en el tipo de la parte especial. Esta conclusión implica rechazar la tesis según la cual algunos de los supuestos de autoría mediata están incluidos en el art. 14 del Código penal. RODRIGUEZ MOURULLO se ha encargado de demostrar que la estructura de la autoría mediata es incompatible con los comportamientos previstos en el art. 14(131). Además, método

(129) SCHMIDHÄUSER, AT, 521.

(130) Así, GIMBERNAT, Autor y cómplice, 249; RODRIGUEZ MOURULLO, en Comentarios, I, 805; EL MISMO, "El autor mediato", 464; QUINTERO OLIVARES, Los delitos especiales, 90; VIVES ANTON, Libertad de prensa, 170. Cfr. MAURACH, Tratado, II, 314.

(131) RODRIGUEZ MOURULLO, en Comentarios, I, 805 ss. y 846; EL MISMO, "El autor mediato", 465 s. En contra VIVES ANTON, (Libertad de prensa), 189) quien incluye en el n. 1 del art. 14 a la autoría mediata.

lógicamente no sería correcto acudir al art. 14 para fundar la autoría mediata, pues como se acaba de ver, el comportamiento del autor mediato es directamente subsumible en el tipo de la parte especial. Ni siquiera el n. 2 del art. 14 en su primera parte donde se alude a los "que fuerzan" a otros a ejecutar el hecho puede contener supuestos de autoría mediata, pues siempre que el grado de fuerza utilizado -no se puede entrar ahora en su análisis- sea de tal índole que fundamente una autoría mediata, el hecho deja de estar incluido en el art. 14 n. 2. Entre el forzar del n. 2 del art. 14 y la autoría mediata existe una incompatibilidad total, al ser ésta subsumible directamente en el tipo de la parte especial.

Otro tanto hay que decir cuando se trata de llevar al n. 1 del art. 14 la conducta del autor mediato(132). Según se dijo anteriormente, si la misión del art. 14 es la de ampliar la pena a comportamientos no descritos en el tipo de la parte especial(133), se incurre en una manifiesta contradicción sistemática al pretender castigar al autor mediato con base en dicho precepto. Quien realiza por sí mismo lo injusto que fundamenta la pena en el tipo de la parte especial, no precisa de un precepto auxiliar o de referencia para considerar punible su conducta. Por este motivo, si se acepta que el autor mediato realiza el hecho propio(134), no está justificado derivar la pena de ninguna de

(132) Esta es la opinión de VIVES ANTON, Libertad de prensa, 189.

(133) Así también lo entiende VIVES ANTON, Libertad de prensa, 179.

(134) Cfr. VIVES ANTON, Libertad de prensa, 170.

las conductas previstas en el art. 14: en cuanto que su comportamiento es fundamentador de lo injusto propio, para castigarle basta conectar sistemáticamente el tipo de la parte especial afectado con los artículos 12 y 49, o en su caso, ante las formas imperfectas de ejecución, con el art. 3 del Código penal. La misión del art. 14 es ampliar la pena a conductas no descritas en el tipo, y por eso significa una contribución en lo injusto que realiza otra persona.

Frente a la doctrina del dominio del hecho que no atiende a las oposiciones existentes entre los distintos comportamientos criminales que conceptualmente abarcan la realidad delictiva, la teoría objetivo formal debe partir necesariamente de las mismas para establecer una distinción. En síntesis, para esta última teoría las diferencias estructurales entre la autoría mediata y la participación criminal están en que el autor mediato da lugar con su comportamiento a lo injusto propio, en tanto que el partícipe contribuye a realizar lo injusto ajeno, y por ello su conducta precisa de un precepto auxiliar que amplíe la tipicidad de sus actos. Por su parte, desde el punto de vista objetivo formal, se distinguen la autoría principal inmediata de la autoría mediata, en que aquélla supone la verificación del tipo de propia mano, mientras que en la segunda se utiliza a otro como simple mediador instrumental.

En conclusión: la conducta del autor mediato es, en atención a consideraciones de orden lógico sistemático, directamente referible y subsumible en el tipo de los Libros II y III del Código penal. Para castigar este comportamiento no es preciso acudir a ningún precepto cuya misión es ampliar las causas de extensión de la penalidad.

En rigor el instrumento para ostentar la condición de tal, no debería ser considerado ni siquiera como sujeto activo del delito, pues en el momento en que esto ocurra es porque ha actuado de forma típicamente antijurídica; y si el comportamiento típicamente antijurídico, en opinión de la doctrina dominante de la accesoriedad limitada, es suficiente para fundamentar la participación criminal, sistemáticamente no nos encontraríamos ante una autoría mediata, sino ante una participación en el hecho ajeno.

A otros resultados se puede llegar con la sistemática finalista y la consecuente teoría de dominio del hecho; pues si el dolo pertenece al tipo de los delitos dolosos, y consiste en el conocimiento y voluntad de realizar los elementos objetivos del tipo (excluida la conciencia de la antijuricidad), cuando un sujeto actúa sin tal conocimiento o voluntad -lo que normalmente sucede en el hombre interpuesto- ciertamente que no obra dolosamente, ni por ello típicamente. Consecuentemente no se puede construir una participación criminal. Por otra parte aunque esto no fuera así, el hombre que actúa desde atrás es ya, sin más, autor por tener el dominio del hecho, del que carece, se dice, el hombre interpuesto. Por el contrario la sistemática no finalista no exige, en principio, para que una conducta sea típicamente antijurídica, ni el conocimiento ni la voluntad de realizar los elementos del tipo. Bastará simplemente la realización de los mismos, y mientras no concorra una causa de exclusión de lo injusto típico, la conducta se considera realizada de forma típicamente antijurídica(135). Otra cosa es afirmar si el comportamiento es

(135) Cfr. TORIO, "El deber objetivo de cuidado", 40.

culpable por haber obrado o no el sujeto de forma dolosa o culposa.

De estas precisiones se deduce que el instrumento, en rigor, para la doctrina objetivo formal solamente debería ser tal cuando esté siendo utilizado por el hombre que actúa desde atrás como simple mediador instrumental para cometer el delito, y, además, la conducta de éste no fundamenta ya de por sí un comportamiento típicamente antijurídico, pues hay una incompatibilidad intrínseca entre la autoría mediata que se basa en la realización del injusto propio, y la participación que es contribución en lo injusto ajeno.

La gran influencia, y también éxito, que hoy tiene en la dogmática penal la teoría del dominio del hecho, sobre todo en materia de autoría mediata, ha conseguido que los propios defensores de una concepción objetivo formal de autor no siempre desarrollen con rigor sistemático, en este punto, sus propios postulados. Así es frecuente encontrar afirmaciones en el sentido de que estamos ante una autoría mediata, incluso aunque el hombre interpuesto obre de forma típicamente antijurídica(136).

La determinación del comportamiento realizado por el instrumento, y su valoración dogmático penal, es decisiva

(136) Cfr. RODRIGUEZ MOURULLO, en Comentarios, I, 808; EL MISMO, "El autor mediato", 463: "La conducta del instrumento humano puede revestir en sí misma un significado jurídico penal. El instrumento humano puede actuar de modo típicamente antijurídico, y es posible incluso que aparezca, a su vez, como autor criminalmente responsable." La verdad es que no cabe otra posibilidad cuando se acepta el planteamiento de la doctrina del autor detrás del autor.

para considerar si el hecho es constitutivo o no de una autoría mediata. De ahí que la condición de autor mediato, para la teoría objetivo formal, debería estar más en función de la conducta del instrumento que de la conducta del hombre que actúa en la sombra.

No es este, sin embargo, el criterio hoy dominante, como consecuencia del poderoso influjo de la teoría del dominio del hecho. No debe por ello extrañar que se esté abandonando la expresión instrumento para ser constituida por la de Vordermann o la de Mittelperson(137). El término instrumento es portador de una connotación indicativa de un comportamiento mecanicista, en tanto que la expresión hombre que actúa desde adelante o persona interpuesta, no prejuzga el grado de conocimiento o voluntad del mismo con respecto al hecho, ni la consideración dogmática que ha de merecer su conducta. De ahí que la doctrina del dominio del hecho hable en estos casos de un dominio de la voluntad, o de una voluntad superior o saber superior, que ostentaría el hombre que actúa desde atrás sobre la persona interpuesta.

Como supuestos característicos de autoría mediata se suelen citar aquellos en que se utiliza un instrumento atípico, o un instrumento lícito; y también, cuando el hombre interpuesto es víctima de un error, obra con miedo insuperable, bajo amenazas, coacciones, fuerza, e incluso cuando se sirve de un inimputable(138). No obstante conviene in-

(137) Cfr. STRATENWERTH, AT, 220 ss.; SCHMIDHAUSER, AT, 518.

(138) Cfr. RODRIGUEZ DE VESA, Derecho penal español. Parte general, 676 s.; JESCHECK, AT, 542 ss.; SAMSON, en Systematischer Kommentar, I, 216 s.

sistir en que previamente será preciso examinar si cabe construir una autoría directa, como por ejemplo hace GIMBERNAT en el caso de un hurto cometido sirviéndose de una persona víctima de un error(139); o es posible fundamentar una participación criminal, como indica RODRIGUEZ DEVESA, en el caso de utilizar a un inimputable(140). Por otra parte la posibilidad de apreciar una autoría mediata estará muchas veces en función de que el propio tipo la admita, por lo que el acto de valoración a partir de los tipos en concreto es decisivo en esta materia.

De acuerdo con una concepción amplia de autoría mediata, frecuentemente se incluye dentro de la misma determinados supuestos en los que la propia persona interpuesta obra como autor plenamente responsable aunque, en cierto modo, está siendo utilizado por quien actúa desde atrás. La doctrina alemana califica estos casos como de autor detrás del autor. Puede servir de modelo el conocido caso propuesto por ZU DOHNA: A tiene conocimiento de que B trata de darle muerte en un concreto lugar, un día y hora determinado. Por su parte A está enemistado con C a quien quiere matar. Para conseguir este propósito, envía a C un telegrama suscrito con el nombre de una persona de la confianza de éste, citándole justamente en el lugar, día y hora en que B está al acecho. C acude a la falsa cita, y B, confundiéndole con A dispara y le mata(141). La doctrina que sostiene la existencia de un autor detrás del autor -así F. CH. SCHROEDER, - afirma que en estos casos tanto el ejecutor como quien provoca el error, son responsables criminalmente como autores; el primero como autor principal inmediato, y

(139) Véase GIMBERNAT, Autor y cómplice, 225 s.

(140) RODRIGUEZ DEVESA, Derecho penal español. Parte general, 677.

(141) Cfr. F. Chr. SCHROEDER, Der Täter hinter dem Täter,

el segundo como autor mediato(142).

En contra de esta tesis se puede decir que no es posible, en pura lógica, construir a la vez en un mismo hecho criminal dos clases de autoría, una mediata y otra inmediata, pues ambas se excluyen entre sí. De este modo JESCHECK o WESSELS, afirman que la autoría mediata termina de forma general, allí donde el instrumento es autor inmediato plenamente responsable, por lo que estos supuestos deberán ser remitidos preferentemente a la coautoría, o en su caso a la participación criminal(143).

En igual sentido se ha manifestado recientemente SPENDEL, quien considera que los casos de autor detrás del autor pueden ser resueltos con las formas habituales de autoría accesoria, o remitiéndolos a la instigación(144).. ROXIN por su parte, se muestra cauteloso a la hora de aceptar sin más los supuestos de autor detrás del autor. Así, en el estudio que hace de las situaciones asimilables a las del estado de necesidad, cuando el ejecutor actúa de forma responsable criminalmente, niega la existencia en el hombre que actúa desde atrás del dominio de la voluntad y le conside-

..... 143. (El caso corresponde al n. 36 de los propuestos por GRAF ZU DHONA, Übungen im Strafrecht und Strafprozeßrecht, 3ª ed. 1929).

(142) F. Chr. SCHROEDER, Der Täter hinter dem Täter, 119 ss. y 166 ss.; Cfr. MAURACH, AT, 632.

(143) JESCHECK, AT, 532 y 540; WESSELS, AT, 100. Cfr. SAMSON, en Systematischer Kommentar, I, 218.

(144) Günter SPENDEL, "Der Täter hinter dem Täter, eine notwendige Rechtsfigur?", en Festschrift für Richard Lange, 1976, 146 ss. (171).

ra instigador(145). No obstante, cuando hace alusión a los casos en los que un aparato de poder organizado tiene el dominio de la voluntad sobre un conjunto de personas indiferenciadamente (fungibilidad del ejecutor), admite la autoría mediata no obstante la existencia de un ejecutor al que se debe castigar como autor inmediato(146).

Por mi parte pienso que previamente a la admisión sin más del autor detrás del autor, será preciso analizar si la conducta del hombre que actúa en la sombra puede ser considerada como de participación en lo injusto ajeno. Solamente en el caso en que esto no fuera posible, se podría acudir a la construcción dogmática del autor detrás del autor para hacer responsable criminalmente al hombre que actúa desde atrás, al considerar su comportamiento digno del mismo desvalor que el del autor mediato.

Una configuración distinta poseen los supuestos en los que interviene un instrumento doloso; se habla de instrumento doloso cuando la persona interpuesta obra de acuerdo con

(145) ROXIN, Täterschaft, 158.

(146) ROXIN, Täterschaft, 242 ss. Véase, además, EL MISMO, "Bemerkungen zum 'Täter hinter dem Täter'", en Festschrift für Richard Lange, 1976, 173 ss. De igual forma ROXIN diferencia, según los supuestos, si cabe o no hablar de autor detrás del autor. En todo caso considera que en los casos de un poder organizado con fungibilidad de ejecutores, el pensamiento de la teoría del autor detrás del autor cumple la función de tratar como autores tanto al hombre que actúa desde adelante como al hombre que actúa desde atrás ("Bemerkungen zum 'Täter hinter dem Täter'", 194). Con relación a los casos en que el sujeto se aprovecha de un error de prohibición vencible o en los que existe un error sobre el concreto sentido de la acción, pueden consultarse las páginas 178 ss. y 184 ss. Cfr. además WESSELS, AT, 100.

los requisitos intelectuales y volitivos exigidos por el dolo, pero sin la especial intención requerida por el tipo (instrumento doloso sin intención), o sin la cualificación precisada por el tipo (instrumento doloso no cualificado); tanto en uno como en otro caso no puede ser considerado autor del delito, pero tampoco instrumento, pues obra dolosamente.

La doctrina alemana acude a distintas interpretaciones para encontrar una solución a estos casos. Los partidarios de la teoría del dominio del hecho no pueden decir en estos casos, como indica SAMSON, que el hombre que actúa desde atrás tenga la preponderancia fáctica propia de la autoría (147); JESCHECK, por ello, para castigar como autor mediato al hombre que actúa desde atrás, habla de un dominio del hecho normativo-psicológico(148). Por su parte ROXIN considera que no es posible apreciar una autoría mediata en los casos de instrumento doloso no intencional; en cambio, si éste tiene el dominio del hecho, señala que debe ser considerado como autor, y participe el hombre que actúa desde atrás (149). En los casos de instrumento doloso no cualificado que obra por mediación de un cualificado, construye una autoría mediata, abandonando la teoría del dominio del hecho, al entender que nos encontramos ante delitos en los que se produce la infracción de un deber: autor es quien infringe el correspondiente deber(150).

(147) SAMSON, en Systematischer Kommentar, I, 217.

(148) JESCHECK, AT, 545 s. Cfr. WELZEL, Strafrecht, 104 y MAURACH, AT, 636, hablan de un dominio social del hecho.

(149) ROXIN, Täterschaft, 341 ss.

(150) ROXIN, Täterschaft, 352 ss (360 ss).

Por último SAMSON propone distinguir según los casos: cuando el tipo presupone la lesión de un deber mediante una acción cualquiera, autor es el hombre de atrás especialmente obligado. Por el contrario si la ley exige además una determinada acción de lesión, sólo se es autor cuando fácticamente se tiene el dominio del hecho. Cuando esto no sucede hay que apreciar un delito de omisión(151).

En la doctrina española GIMBERNAT, RODRIGUEZ MOURULLO y QUINTERO OLIVARES, han rechazado -con razón-, la posibilidad de apreciar una autoría mediata cuando interviene un instrumento doloso. De ahí que en tales situaciones haya que ver si es posible subsumir la conducta del ejecutor en un tipo que no requiera la especial intención o cualidad personal, y considerar a éste autor en tanto que participe (normalmente inductor) al hombre de atrás(152). Cuando tal cosa no sea posible, la impunidad, como indica RODRIGUEZ MOURULLO, resultará inevitable por falta de tipicidad en los actos del instrumento(153).

La posibilidad de que el agente provocador intervenga en un hecho cometido a través de una autoría mediata, no debe quedar descartado siempre que se den los requisitos conceptuales mínimos; es decir, la presencia de la persona del provocado, y la falta, en el agente provocador, de voluntad de producir la lesión o peligro del bien jurí-

(151) SAMSON, en Systematischer Kommentar, I, 218.

(152) GIMBERNAT, Autor y cómplice, 260 ss.; RODRIGUEZ MOURULLO, "El autor mediato", 475; QUINTERO OLIVARES, Los delitos especiales, 97 ss.

(153) RODRIGUEZ MOURULLO, "El autor mediato", 475.

dico. Cabe pensar de este modo, que el agente provocador actúe asumiendo la condición de instrumento, precisamente para lograr que el hombre de atrás se haga responsable criminalmente. No es incompatible con la configuración conceptual del instrumento, según piensa la opinión dominante, el hecho de que el agente provocador sea consciente de su condición de tal. Pueden servir de ejemplo los casos en los que el agente provocador, cualquiera que sean los procedimientos de los que se vale, logra que el hombre que actúa desde atrás se sirva de él como simple mediador atípico.

Ciertamente que no nos interesan en este estudio los casos en los que la responsabilidad criminal del agente provocador está excluida de antemano, como puede ser el caso de unas autolesiones impunes producidas con el fin de que el hombre que actúa desde atrás resulte responsable criminalmente a título de autor mediato de las mismas.

El hecho de que el agente provocador-instrumento sea consciente de su condición de tal, nos enfrenta ante los supuestos denominados de autoría mediata con instrumento doloso sin intención o no cualificado. A este respecto hay que decir, según se acaba de indicar, que por carecer el agente provocador de la intención exigida por el tipo o la cualificación, no podrá ser considerado autor, a menos que exista otro tipo en el que subsumir la conducta por no requerir tales elementos subjetivos o cualidades. De no suceder esto último, hay que considerar atípicos los actos del agente provocador.

Cuando existe un tipo que no requiere elementos subjetivos o cualidades personales, de nuevo nos encontraríamos

ante la necesidad de constatar si el comportamiento del agente provocador fundamenta lo injusto penalmente relevante.

Desde el otro extremo de la autoría mediata, más frecuentes serán los casos en que la conducta del agente provocador haya que considerarla como propia del hombre que actúa desde atrás. Especial atención merecen aquellas actividades veladas a través de las cuales se hace surgir la resolución criminal en otra persona; es decir, cuando el agente provocador crea las condiciones favorables para que otro se determine a obrar, o bien, actúa con procedimientos que propiamente no son de inducción(154). Las opiniones a este respecto están divididas. Mientras WELZEL, JESCHECK o STRATENWERTH(155), exigen para que se de la instigación del parágrafo 26 del StGB, que el instigador opere un influjo psíquico en la voluntad del instigado, LACKNER, WIDMAIER, o SAMSON(156), se conforman con que exista algún tipo de incitación o provocación por virtud del cual el instigado se determina a obrar. Los casos críticos, según SAMSON, no entrarían en el marco de la instigación, sino del

(154) Cfr. HEILBORN, Der agent provocateur, 73 ss., aludiendo a varios ejemplos; SINGEWALD, Der agent provocateur, 59 ss.; KARGE, Der agent provocateur, 27 ss.

(155) WELZEL, Strafrecht, 116; JESCHECK, AT, 559; STRATENWERTH, AT, 248; MAURACH, Tratado, II, 372. Cfr. HEILBORN, Der agent provocateur, 73 ss.; SINGEWALD, Der agent provocateur, 56 ss.; JOHANNIEMANN, Die Strafbarkeit des Spitzels, 18.

(156) LACKNER, Strafgesetzbuch, (11ª ed.) 124; WIDMAIER, "Der mißverständlich Bestechungsversuch", en JuS, 1970, 241 ss.; SAMSON, en Systematischer Kommentar, I, 234. Cfr. además en este sentido, KARGE, Der agent provocateur, 27 ss.

riesgo permitido(157). Por eso en el conocido ejemplo en el que el marido por indicación de un tercero sorprende en flagrante adulterio a su mujer, y mata al amante, en opinión de los primeros no existiría instigación, pero sí para los segundos.

Por mi parte pienso que cuando el agente provocador proporciona una ocasión para delinquir, caso por otra parte no infrecuente en la práctica, será preciso distinguir según el supuesto de hecho en concreto. Cuando la persona del provocado sea un omnimodo facturus, será imposible, en rigor, poder apreciar una inducción, por lo que la posibilidad de una autoría mediata no debe quedar descartada(158). En otros casos la calificación más correcta será la de una complicidad psíquica(159), al no poder considerar el hecho como de inducción ni de autoría mediata. Por último, los casos límites entran en el juego del riesgo permitido.

Finalmente de aceptarse los supuestos de autor detrás del autor, está claro que el agente provocador puede servir de tales procedimientos y consecuentemente actuar desde atrás para lograr que otra persona se haga responsable criminalmente. En este caso, de nuevo habría que distinguir si la ausencia de voluntad de producir el desvalor es operativa, en el sentido de que no tiene lugar la lesión o peligro para el bien jurídico, o si no es así.

(157) SAMSON, en Systematischer Kommentar, I, 234.

(158) GIMBERNAT, Autor y cómplice, 37 s.

(159) Cfr. KARGE, Der agent provocateur, 28; JOHANNES, Mittelbare Täterschaft, 56 n. 157.

Basta simplemente pensar en el propio ejemplo propuesto por ZU DOHNA, en donde el agente provocador haría las veces de la persona que envía el telegrama con la falsa cita. En tales casos no será suficiente la simple voluntad interna de no querer que se produzca el desvalor que fundamenta lo injusto. Es preciso que de uno u otro modo intervenga el agente provocador para evitar todo riesgo al bien jurídico. Si a pesar de las medidas tomadas no lo logra, queda abierta la posibilidad de sustanciar una responsabilidad a título de culpa.

V.- La coautoría criminal y el agente provocador.

La estructura de la coautoría criminal, en sentido propio, está basada, tal como reconocen entre otros ROXIN, JESCHECK, STRATENWERTH, SAMSON, en el principio de la división del trabajo(160), es decir, en la interdependencia funcional entre cada uno de los que conjuntamente intervienen en el proceso directo de ejecución de un delito: esto es, en la última fase de su verificación. Al contrario de lo que sucede con la denominada autoría accesoria, en la que falta la resolución conjunta para la ejecución del hecho y la interdependencia funcional(161), la coautoría en sentido propio, exige, en primer término, un concierto de voluntades

(160) ROXIN; Täterschaft, 300 ss.; JESCHECK, AT, 549 y 554; STRATENWERTH, AT, 231; SAMSON, en Systematischer Kommentar, I, 219. Cfr. además BAUMANN, AT, 536 y 546; WESSELS, AT, 98; CEREZO, "La polémica", 55 s.

(161) Cfr. JESCHECK, AT, 552 s.; STRATENWERTH, AT, 236; SAMSON, en Systematischer Kommentar, I, 221.

del que resulte una distribución de funciones en el proceso ejecutivo, al menos en su fase más primaria, y, en segundo lugar, una conjunta ejecución del delito(162). Corresponde a la doctrina del dominio del hecho, por obra de ROXIN principalmente, el mérito de haber destacado la existencia de una interdependencia funcional entre los distintos coautores. Se habla de este modo de un dominio funcional del hecho para poner de manifiesto el carácter orgánico, basado en la división del trabajo, de los actos realizados por los coautores(163).

Con ello se quiere poner de relieve cómo la ejecución de un delito en régimen de coautoría tiene una composición estructural propia, y no es en modo alguno el resultado de la suma de distintas aportaciones realizadas todas ellas a título de autor. Precisamente esto último sucede en determinados delitos de los denominados pluripersonales en los que la concurrencia de varias personas, por así exigirlo el tipo, no necesariamente implica la realización del delito en régimen de coautoría en sentido estricto, aunque todos ellos deban ser considerados autores (delito colectivo)(164).

(162) En la doctrina alemana no existe conformidad sobre los límites de la llamada coautoría sucesiva. La admiten en un sentido amplio, JESCHECK, AT, 553; MAURACH, AT, 600 s.; WELZEL, Strafrecht, 107. De forma más reservada, también la admiten, STRATENWERTH, AT, 233; ROXIN, Täterschaft, 289 ss.; SAMSON, en Systematischer Kommentar, I, 220. Cfr. además RODRIGUEZ MOURULLO, en Comentarios, I, 837 s.

(163) ROXIN, Täterschaft, 277 ss.; Cfr. JESCHECK, AT, 554; STRATENWERTH, AT, 235; SAMSON, en Systematischer Kommentar, I, 219; CEREZO, "La polémica", 56.

(164) Véase atrás p. 217.

Por este motivo no creo que sea conveniente metodológicamente, extender a la coautoría -aunque sea una forma de autoría- las reglas y principios propios de la autoría principal individual.

Pero la necesidad, desde un punto de vista subjetivo, de un concierto de voluntades del que deriva una división de funciones en la última fase de ejecución, no debe interpretarse en el sentido de que cualquiera que sea la contribución prestada en el hecho, todos los concertados deberán ser tratados como coautores. Esta teoría sostenida en no pocas ocasiones por nuestro T.S., en base a distintas argumentaciones, y justamente criticada por GIMBERNAT(165), desconoce la necesidad de una base objetiva, además del elemento subjetivo, para fundamentar la coautoría(166). Por ello hay que destacar para comprender la estructura de la coautoría, por una parte que la contribución prestada por cada uno de los que intervienen es pieza esencial para la ejecución en concreto del hecho, y por otra que el delito es cometido no tanto por uno o cada uno de los que intervienen, como por el colectivo resultante de los aportes ejecutivos que concurren en el proceso de ejecución directa del hecho (167). Consecuentemente la tentativa comienza ya con el principio de ejecución de uno de los que intervienen(168).

(165) Véase GIMBERNAT, Autor y cómplice, 57 ss.; Cfr. RODRIGUEZ MOURULLO, en Comentarios, I, 330 ss.

(166) Cfr. JESCHKECH, AT, 552 ss., destacando un elemento objetivo y otro subjetivo; STRATENWERTH, AT, 232 ss.

(167) Cfr. STRATENWERTH, AT, 231: "El dominio del hecho está más bien en manos del colectivo como tal".

(168) Así JESCHKECH, AT, 555; MAURACH, Tratado, II, 346.

• Ahora bien esta particular estructura, no prejuzga en modo alguno, ni la culpabilidad individual de cada uno de los coautores, ni tampoco la pena que corresponda imponer(169).

El delito cometido en régimen de coautoría al asentar se sobre el principio de la división del trabajo requiere una distribución funcional de los aportes ejecutivos en el proceso de realización del delito y una mutua interdependencia, de tal forma que el concreto plan de ejecución es viable de bido a la contribución por todos prestada. Pero cuando se habla de ejecución, se están distinguiendo aquellos aportes que no obstante formar parte del plan de realización total del delito, no intervienen en el proceso de ejecución directa del hecho, es decir, en la última fase del mismo. Sólo estos aportes forman parte del colectivo y son las piezas que lo constituyen. Ciertamente que mediante una comprobación posterior se podría llegar a la conclusión de que alguno de los aportes prestados en el proceso de ejecución inmediata del hecho no habrían sido necesarios. Pero cuando así se razona se está modificando el planteamiento, pues por una parte el hecho ya no sería el mismo, y por otra se está prescindiendo de la estructura de la coautoría. Se puede decir, de este modo, que ni el inductor ni el cooperador necesario, ni el cómplice, etc, aunque eventualmente hayan intervenido en el concierto tendente a la distribución de funciones, podrán nunca ser considerados coautores, pues sus aportes ni entrar en el proceso de ejecución inmediata, ni son piezas esenciales para formar el todo de ese proceso(170).

(169) Cfr. MAURACH, Tratado, II, 347; CORDOBA, Notas, II, 347 n.14.

(170) Cfr. RODRIGUEZ MOURULLO, en Comentarios, I, 830 ss.

La determinación de cuando un aporte fundamenta la coautoría y cuando sólo el auxilio necesario, la complicidad, etc., nos enfrenta ante el problema enunciado de la distinción, en base a la oposición que entre sí guardan, de las diferentes conductas que comparten el proceder criminal.

Anteriormente se ha dicho que autor en sentido propio, de acuerdo con una concepción objetivo formal, es aquel cuyo comportamiento es directamente subsumible en el tipo de la parte especial. A partir de esta idea se puede afirmar que el delito realizado por varios sujetos en donde además del elemento subjetivo -distribución de funciones- se da la realización por cada uno de ellos de una conducta directamente subsumible en el tipo de la parte especial, fundamenta sin más, como indica QUINTERO OLIVARES(171), la coautoría; pero téngase presente que no será necesario que alguno o algunos de los que intervienen realicen íntegramente la conducta típica. Será suficiente, para fundamentar la responsabilidad criminal a título de coautoría, directamente referible al tipo, la realización parcial del mismo por cada uno de los aportes, lo que entre todos ellos supone la plena ejecución del mismo. Un ejemplo ilustrativo, al que frecuentemente se apela, es el del robo en un banco en donde los aportes están divididos del siguiente modo: uno de los ladrones intimida con una pistola a los presentes, mientras otro maniata al cajero y un tercero recoge el dinero del mostrador. Aunque ninguno de ellos ha realizado íntegramente el tipo del art. 500 del Código penal, pues quien practica actos de violencia o intimidación, no toma

(171)QUINTERO OLIVARES, Los delitos especiales, 79s. Cfr. RODRIGUEZ DE VESA, Derecho penal español.Parte general, 683s.

la cosa mueble ajena, y quien la toma no ejerce violencia o intimidación alguna, ni fuerza en las cosas, de la conjunta realización por parte de los distintos aportaciones resulta el tipo(172). De igual modo la plena realización del tipo por parte de alguno de los que intervienen, en tanto que otro u otros sólo dan lugar a un elemento del mismo, constituye también un supuesto de coautoría directamente subsumible en el tipo de la parte especial(173). Piénsese en el ejemplo anterior en el que se introduce la siguiente modificación: quien toma el dinero contribuye también a maniatar al cajero. Por fin, de igual forma, la realización parcial del tipo, sin que se llegue por el colectivo a alcanzar la total verificación del mismo, será constitutivo de una coautoría directamente subsumible en el tipo, y punible en virtud de la extensión de la pena contenida en el art. 3.

El Código penal en el n. 1 del art. 14 contempla una forma de coejecución del delito, asimilable en cierto modo a la coautoría en sentido estricto, al estar basada también su estructura en una división del trabajo. Los que toman parte directa en la ejecución del hecho, contribuyen a su comisión con actos ejecutivos, pero no directamente referibles al tipo de la parte especial. Ello súpone, por tanto, una ampliación de la tipicidad, y del mismo modo la dependencia de dicha conducta de una acción principal. Por ello no creo que sea acertado hablar de una coautoría(174), pues en ésta no es posible diferenciar distintos

(172) Cfr. STRATENWERTH, AT, 232.

(173) Cfr. BAUMANN, AT, 546.

(174) QUINTERO OLIVARES, Los delitos especiales, 79 ss.

grados de contribución en el hecho, al realizar todos los coautores su propio injusto. Lo que regula el n. 1 del art. 14 es una coejecución del hecho basada en la división del trabajo, dependiente de un comportamiento principal(175). Sólo así se explica y justifica la ampliación de la pena que supone remitir al art. 14 la conducta del coejecutor. Si se quisiera ver en la conducta regulada en el n. 1 del art. 14 una forma de coautoría, se incurriría en la contradicción ya señalada: quien es autor de un delito, y por tanto su comportamiento directamente subsumible en el precepto de la parte especial, no precisa de un precepto auxiliar cuya misión es extender la pena a comportamientos no típicos.

Para comprender correctamente la razón de ser de esta disposición, es preciso poner de relieve la especial estructura del mismo. GIMBERNAT ha destacado la necesidad de oponer el tomar parte a un todo, pues sólo así se entiende que alguien tome parte en algo(176). De este modo quien realiza por sí mismo de forma individual una conducta, no toma parte en nada, pues sus actos ya integran el todo. De estas precisiones se deduce que cuando el n. 1 del art. 14 exige tomar parte directa en la ejecución del hecho, nos está indicando que deben concurrir varios sujetos cuyos a-

(175) Según GIMBERNAT, (Autor y cómplice, 219), "la responsabilidad de coautores ejecutivos... es accesoria en cuanto que se les castiga en base al hecho cometido por el sujeto que realizó la acción típica". Cfr. también QUINTERO OLIVARES, Los delitos especiales, 80.

(176) GIMBERNAT, Autor y cómplice, 93. En contra, VIVES ANTON, Libertad de prensa, 152 s. y 176 s.

portes ejecutivos, tomados individualmente suponen tomar parte, y conjuntamente considerados forman el todo. Esto nos indica la necesidad de reservar lo dispuesto en el n.º 1 del art. 14, solo para los casos en los que se da una división del trabajo en la ejecución inmediata del delito, o lo que es lo mismo, la presencia de una pluralidad de personas en las que existe una distribución funcional de las aportaciones en el proceso de ejecución directa de un hecho delictivo. ¿Qué tipo de comportamientos han de remitirse al n.º 1 del art. 14? Se acaba de decir que la relación del todo a la parte requiere la concurrencia de varios sujetos. Negativamente hay que indicar, en virtud de la relación opositiva que existe entre los diferentes comportamientos criminales, que las conductas remitibles al n.º 1 del art. 14 son aquellas que no es posible subsumirlas directamente en el tipo, pero tampoco son de inducción, cooperación necesaria, complicidad... La diferenciación, desde un punto de vista objetivo formal, entre el comportamiento que supone tomar parte directa en la ejecución, y las conductas de inducción, cooperación necesaria, complicidad... son evidentes: mientras el que toma parte directa en la ejecución, interviene en el proceso de ejecución inmediata del hecho, los otros se limitan a contribuir con actos que están en la periferia. La diferenciación entre las conductas referibles al n.º 1 del art. 14 y las que suponen realizar uno o todos los elementos del tipo, ha de verse en que mientras estas son directamente subsumibles en el precepto de la parte especial, las primeras sólo resultan punibles en virtud de la ampliación de la pena contenida en ese n.º 1 del art. 14.

En conclusión: el n. 1 del art. 14 contempla aquellos supuestos en los que el sujeto interviene en la comisión del hecho con actos ejecutivos, no directamente subsumibles en el tipo de la parte especial; y desde el momento en que toma parte en la ejecución del hecho, tal cosa quiere decir que contribuye mediante una división funcional del trabajo. Por último la remisión de este comportamiento al art. 14 muestra bien a las claras que la conducta del coejecutor debe ser tributaria de una acción principal, lo que guarda perfecta congruencia con la idea de que la misión de dicho artículo es extender la pena a comportamientos no descritos en el tipo.

Así entendida la estructura y significado de las conductas previstas en el n. 1 del art. 14, son múltiples los supuestos al mismo referibles. Piénsese en la realización total o sólo parcial del tipo por parte de alguno o algunos de los sujetos, en tanto que otro u otros de entre estos solamente contribuyen con actos que, no obstante suponer tomar parte directa en el proceso de ejecución inmediata del hecho, no son directamente subsumibles en el tipo de la parte especial. GIMBERNAT alude al caso en que un sujeto clava un puñal mientras otro sujeta a la víctima(177). Está claro que sólo quien clava el arma homicida realiza el tipo, en tanto que quien sujeta se limita a tomar parte directa en la ejecución inmediata del hecho realizado en régimen de división del trabajo. Mientras la conducta del primero es directamente subsumible en el art. 406, o en su caso en el art. 407, la del segundo lo es a través del n. 1 del art. 14. No podría hablarse de una cooperación necesaria (n.3 art. 14), porque quien sujeta realiza algo más que una

(177) GIMBERNAT, Autor y cómplice, 107 s. y 218.

simple contribución en un hecho ajeno; interviene en el proceso de ejecución directa del hecho en virtud de una distribución funcional de los aportes. RODRIGUEZ DEVESA cita el ejemplo en el que dos personas se ponen de acuerdo para matar a un tercero, y estando al acecho de éste, ambos disparan aunque solamente el tiro de uno de ellos alvanza a la víctima, que muere, mientras que el disparo del otro se pierde(178). En este supuesto para castigar al que solamente realiza actos de tentativa o frustración, individualmente considerada su conducta, habría que acudir al art. 3 del Código penal que cumple la misión de ampliar la pena. Pero al actuar en régimen de división del trabajo las cosas varían sustancialmente: para nada interviene aquí el art. 3, pues el n. 1 del art. 14 cumple la misión de ampliar la pena de los actos del sujeto cuya conducta no es directamente subsumible en el tipo de la parte especial; por otra parte, en principio, le es atribuible el hecho consumado por el colectivo, pues aunque no ha dado lugar con sus actos ni siquiera parcialmente a un elemento del tipo, ha tomado parte directa en la ejecución del hecho cometido mediante una división funcional de las aportaciones.

En síntesis: la realización de un delito en régimen de coautoría presenta una estructura particular al existir una interdependencia funcional entre todos los que intervienen en la última fase del proceso de ejecución. La coautoría es una forma de autoría y por ello el fundamento de la pena se deriva de la realización de lo injusto propio; injusto que realiza no éste o aquél coautor, sino el colectivo

(178) RODRIGUEZ DEVESA, Derecho penal español. Parte general, 684.

como tal; de ahí que en principio no haya que atender al acto individualizado que ejecuta cada uno de los que interviene, sino al resultado de la conjunta realización del hecho. Cuando los actos de alguno o todos de los que intervienen en la última fase de ejecución son directamente subsumible, bien sea de forma parcial o total, en el tipo de la parte especial, no será necesario acudir a ninguno precepto de referencia: basta conectar el precepto afectado con los artículos 12 y 49, y en su caso, cuando el colectivo sólo haya progresado hasta la tentativa o la frustración, se acudirá al art. 3.

Por el contrario cuando la conducta de algún coejecutor no sea directamente subsumible en el tipo de la parte especial, la extensión de la pena se consigue a través del n. 1 del art. 14 si sus actos suponen tomar parte directa en la ejecución del hecho, es decir, realiza actos ejecutivos dentro de un colectivo con una organización basada en la división del trabajo.

Según se indicó anteriormente, son frecuentes las alusiones por parte de los monografistas del tema a supuestos cometidos en régimen de coautoría en los que uno de los que intervienen es un agente provocador, pero apenas si algo se dice, después, de cual habría de ser el tratamiento más conforme con los principios de la dogmática penal. La experiencia prueba, por otra parte, que no son escasas las ocasiones en que un agente provocador logra ganarse la confianza de los ambientes criminales, y para mejor conocer y poner de manifiesto sus actividades contribuye con un grupo de delinquentes a realizar una infracción criminal con actos a

los que al menos formalmente hay que considerarlos como de autoría (coautoría)(179). BORNET o GRAVEN aluden expresamente a la provocación de delitos por parte de los agentes encargados de la autoridad con el fin de descubrir actividades criminales de difícil esclarecimiento por los procedimientos convencionales(180). Así se pregunta BORNET, al hacer alusión a la continua tensión entre delincuencia y

(179) En la prensa española últimamente es frecuente encontrar noticias en las que se da cuenta de la intervención de la policía, a título de agente provocador, con el fin de desenmascarar actividades criminales de difícil represión por los procedimientos tradicionales. Así la agencia Europa Press comunicaba: "Un total de treinta y un jóvenes han sido detenidos y tres organizaciones dedicadas al tráfico de drogas han quedado desarticuladas, culminando así un servicio llevado a cabo por la Guardia Civil, algunos de cuyos miembros, convenientemente disfrazados de "hippies", se habían infiltrado en tres redes de tráfico" (El Norte de Castilla (Valladolid), 6 de enero de 1973).

En materia de aborto: "Los inspectores de la citada Brigada (Bilbao) se trasladaron a Madrid, donde se montó un plan en colaboración con los del mismo Departamento de la capital de España y con la colaboración de una señorita auxiliar de la Dirección General de Seguridad. Esta y un inspector de la Brigada de Bilbao se hicieron pasar por una pareja de novios que descaban le fuera practicado a ella un aborto..." (Cifra. ABC (Madrid), 17 de mayo de 1972, p. 43. En materia de estafa: "Pero resultó que, en este caso, el supuesto engañado era un Guardia Civil que esperaba el epílogo del chantajista y estafador..." (Ya (Madrid), 10 de febrero de 1973, p. 41).

(180) CHARLES BORNET, "La provocation aux délits par des agents de l'autorité", en Rev. Pén. et de Droit pén., 1948, 27 ss. JEAN GRAVEN, "Le problème de l'agent provocateur", en Mélanges Georges Sauser-Hall, Neuchâtel-Paris, 1952, 233 ss., con diferentes sentencias de la Jurisprudencia suiza, en donde se alude a casos en los que la policía interviene como agente provocador.

represión: "¿Se debe admitir que en el combate que enfrenta a los enemigos del orden y de la sociedad, los defensores de la sociedad estén condenados a una perpétua inferioridad y que, por escrúpulo, deban dejar el campo libre al ejército de delincuentes y traficantes de toda especie cuya audacia no dejará de crecer debido al carácter pusilánime de la administración? (...) "Delicado problema -contesta, con razonamientos más propios de la Doctrine of entrapment, que los que ahora a nosotros nos interesan- donde se enfrentan, una vez más, las necesidades de la defensa social y el principio de la libertad individual"(181). Por su parte LÜDERSSSEN, de igual forma, señala a este respecto que en estos últimos años debido a un aumento espectacular de cierta criminalidad internacional (tráfico de estupefacientes, moneda falsa, joyas, picles...) los métodos tradicionales de observación se muestran totalmente inadecuados, y para conseguir su represión se acude a auténticos agentes provocadores, sean o no funcionarios de policía, infiltrados en las organizaciones a fin de conocer las distintas ramificaciones y el origen de la total trama(182).

El análisis dogmático penal de estos casos en los que interviene un agente provocador exige, como cuestión previa,

(181) BORNET, "La provocation", 28. Sobre la Doctrine of entrapment, ver atrás p. 13 s.

(182) LÜDERSSSEN, "Verbrechensprophylaxe", 351 s. Aunque el estudio está orientado más hacia el aspecto procesal del problema del agente provocador, contiene datos interesantes sobre todo en lo relativo a la opinión de la Jurisprudencia alemana en la materia. En todo caso termina haciendo una invocación a los jueces penales para que rechacen, como medio de prueba, las actividades promovidas por un agente provocador(371).

deslindar aquellos supuestos en los que éste se limita a realizar acciones de investigación, cualquiera que sean los procedimientos de los que se sirve y su valoración deontológica o ética(183), de aquellos otros en los que realmente da lugar a una conducta con indicios de ser típicamente anti-jurídica. Solamente estos últimos casos son constitutivos del problema del agente provocador contemplado en este estudio.

Según quedó anteriormente indicado, la estructura de la coautoría, en sentido propio, se asienta sobre el principio de la división del trabajo, lo que supone una interdependencia funcional entre los distintos aportes prestados en el proceso de ejecución directa del delito.

Con ello se quiere poder de relieve, por una parte, que

(183) Cfr. BORNET, "La provocation", 28 s.; GRAVEN, "Le problème de l'agent provocateur", 237 ss. El punto de discusión se centra en si las disposiciones relativas a la instrucción criminal, al hacer alusión al deber por parte de la policía judicial de descubrir los delitos y reunir pruebas, permite también acudir a ciertos métodos tendentes precisamente a ese fin. Con razón LUDERSSEN, 349 ss. se pregunta, en el título de su trabajo, cómo es posible hablar de profilaxis criminal mediante la provocación de actividades delictivas por los propios órganos encargados de su represión. Según nuestra LECr. art. 282: "La policía judicial tiene por objeto, y será obligación de todos los que la componen, averiguar los delitos públicos que se cometieren en su territorio o demarcación; practicar, según sus atribuciones, las diligencias necesarias para comprobarlos y descubrir a los delincuentes..." No creo que entre los procedimientos y técnicas criminalísticas pueda figurar la provocación al delito, pues obligación de la policía judicial es descubrir el ya cometido, no originar uno nuevo. Así también se manifestó la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de junio de 1967 (A3415): "(...) actitudes inductoras que juegan al margen de toda norma permisiva de investigación legal...".

· todas las contribuciones que intervienen en la ejecución del hecho son piezas esenciales e interdependientes para la comisión en concreto de la infracción criminal, y por otra que en modo alguno cabe confundir estas contribuciones con aquellas otras que suponen participar en el hecho ajeno.

Sistemáticamente hay que distinguir, de acuerdo con la orientación en que se basa nuestro Código penal, entre aquellas conductas de coautoría directamente subsumibles en el tipo de la parte especial por suponer la realización total o parcial del mismo, de las que la tipicidad se deriva del n. 1 del art. 14 por haberse limitado el sujeto a tomar parte directa en la ejecución del delito.

La composición, en concreto, del colectivo y el grado de intervención del agente provocador son decisivos cuando nos enfrentamos ante su posible responsabilidad criminal.

La interdependencia funcional entre los distintos sujetos que actúan como coautores en sentido propio, requiere previamente, desde un punto de vista conceptual, la existencia de una resolución conjunta, aún en su fase más primaria, para ejecutar de forma directa el delito; pero para nada afecta, en principio, al proceso de ejecución del mismo, la falta de un real acuerdo, seriamente formulado, por uno o parte de los que intervienen. Y ello de forma diferente a como sucede en la conspiración a delinquir del art. 4 del Código penal, porque mientras en ésta el fundamento de la pena deriva de la peligrosidad resultante del propio concierto y resolución de ejecutar un delito, en la coautoría lo injusto material resulta de la lesión o puesta en peli-

pro del bien jurídico afectado por unos actos constitutivos cuando menos de un principio de ejecución. Por ello hay que decir que la presencia en el colectivo de un agente provocador no hará quebrar, necesariamente, la posibilidad de ejecución del hecho.

No obstante la diferenciación sistemática que se ha establecido entre la coautoría por actos directamente subsumi**bles** en el tipo de la parte especial, y aquellos ^{casos} ~~que~~ requiere acudir al n. 1 del art. 14, ambos pueden ser tratadas conjuntamente a los efectos que ahora nos interesan. Se comienza por los supuestos constitutivos de una tentativa para progresar hasta la consumación.

La realización de actos constitutivos de un principio de ejecución del hecho por parte de alguno de los que integran el colectivo, ya fundamenta para todos, en principio, según se ha dicho, la tentativa, debido a la composición estructural de la coautoría. Sin embargo como consecuencia de la intervención de un agente provocador, conviene hacer algunas precisiones en orden al comportamiento realizado por éste dentro del colectivo.

En el caso de que sea el propio agente provocador quien con su conducta da principio a la ejecución del delito, será preciso distinguir si ha obrado en solitario, aun cuando opere dentro de un colectivo, es decir como coautor, o al tiempo que el resto de los integrantes del mismo. En el primer caso puede decirse que mientras su conducta, aunque suponga incluso una realización parcial del tipo por permitirlo su estructura, no incida poniendo en peligro efectivamente un bien jurídico, hay que considerarla inocua, pues

al carecer de voluntad de producir el desvalor que fundamenta lo injusto, no hay base para originar una desaprobación jurídica, al no existir más que una apariencia delictiva. Por el contrario cuando con su conducta contribuye efectivamente a poner en peligro el bien jurídico, su acción no está privada del desvalor. Ello debido a la especial estructura de la coautoría en donde las acciones de unos son complementarias de las de los demás. Pero a pesar de todo, no será posible apreciar en el comportamiento del agente provocador el elemento subjetivo requerido por la tentativa pues se insiste en que la consecuencia de no querer que se produzca desvalor del tipo de lo injusto es la ausencia, a su vez, de una auténtica voluntad de cometer el delito. Se produce la contradicción sistemática tantas veces señañada al encontramos ante unos actos adecuados al tipo, pero sin los requisitos necesarios para fundamentar el injusto penalmente relevante en la tentativa. Otro tanto hay que decir para la frustración. Por fin una responsabilidad a título de culpa en el agente provocador, es incompatible con los presupuestos sobre los que se asienta la tentativa, tal como se ha indicado anteriormente.

El problema de la tentativa cualificada no ofrece particularidad alguna. Se insiste en la necesidad de comprobar si el agente provocador obra con la culpabilidad adecuada al tipo medio constitutivo de una configuración típica autónoma. Por eso si las acciones del colectivo están orientadas a realizar un robo, está claro que el agente provocador al carecer del ánimo de lucro (tanto propio como ajeno) no podrán en rigor, ser considerado autor (coautor) del mismo en grado de tentativa; la dificultad está en saber si

se puede poner a su cargo las acciones hasta entonces realizadas constitutivas de un allanamiento de morada, unas coacciones, daños, etc. Mi opinión ya le he expuesto en reiteradas ocasiones: no puede darse de lado la circunstancia de que el agente provocador carece de voluntad de delinquir. Pero no se trata de una simple voluntad interna de no querer cometer el delito, sino que dicha carencia se manifiesta exteriormente a través de la inserción de medidas precautorias para evitar que se produzca menoscabo alguno en el bien jurídico. Por ello si bien con respecto al delito fin debe negarse que obre dolosamente, con relación al delito medio (tentativa cualificada) sólo cabrá decir que obra con dolo cuando al menos condicionalmente (dolo eventual) haya captado los extremos del mismo. Que tal cosa es difícil que suceda en el agente provocador, no parece ofrecer dudas, pues en cualquier caso no quiere cometer ningún delito.

Otra cosa es que se le pueda hacer responsable criminalmente por un comportamiento culposo. Pero de todas formas será preciso comprobar si es posible la incriminación culposa del hecho, y si se respeta el principio de culpabilidad, también vigente en las conductas imprudentes.

De producirse la consumación del delito realizado en régimen de coautoría, será preciso atender al grado de contribución prestada por el agente provocador. No debe pasarse por alto que, en rigor, al agente provocador no le une el vínculo de interdependencia funcional propia de la coautoría pues su contribución a la realización de lo injusto sólo será aparente. Y si ello es así, desaparece el fun

damento de la pena. De este modo no se le podrá considerar como una de las piezas que forman el colectivo, sino más bien lo contrario; es un elemento disgregador de la armonía funcional que existe en la realización en régimen de coautoría. Por tanto, si los actos del agente provocador no han supuesto contribución alguna a la realización de lo injusto, su aparente aporte no fundamenta la pena de la coautoría, no obstante la consumación del hecho. Ya se ha dicho que si el sujeto quiere desde un principio contribuir en el hecho, a fin de poner de manifiesto las actividades criminales de una banda de delincuentes, el supuesto no es de agente provocador. Nos encontramos ante un caso que ha de ser remitido al régimen general de coautoría. Incluso aunque el sujeto obre con dolo eventual.

Por último la posibilidad de fundamentar una responsabilidad en el agente provocador a título de culpa, no debe quedar descartada siempre que el tipo realizado lo permita y se den los presupuestos requeridos por el comportamiento imprudente.

CAPITULO CUARTO

LA PARTICIPACION CRIMINAL Y EL AGENTE PROVOCADOR

I.- Planteamiento general del problema.

Al analizar en el primer capítulo la evolución experimentada por el concepto de agente provocador y su entronque en el Derecho penal, se puso de relieve cómo en las primeras alusiones que sobre el tema se advierten en los escritos jurídico penales, de forma unánime se relaciona su conducta con el ejercicio de una actividad promotora de un comportamiento cuya ejecución corre a cargo de otra persona. En el binomio agente provocador-sujeto provocado, al primero se le hace ocupar siempre el papel de la persona que incita a otro a realizar la conducta principal. Por eso tanto para BREIDENBACH como para HEPP, dos de los primeros autores que advierten la incidencia del tema en el Derecho Penal, el agente provocador no es el ejecutor directo de la acción principal, sino la persona que determina o incita a otro a obrar -o todo lo más que crea las circunstancias fácticas para que otro actúe en un determinado sentido- a fin de lograr un objetivo de signo radicalmente contrario a la acción por él promovida(1). La expresión agen

(1) Cfr. BREIDENBACH, Commentar, I, 2, 275 n.1; HEPP, "Zweiter Beitrag", 305.

te provocador, desde este punto de vista, tiene una doble proyección: por una parte hace referencia al ejercicio de un comportamiento incitador de una conducta ajena, y por otra a la presencia de una estructura contradictoria en el proceder del agente provocador al obrar persiguiendo exactamente lo contrario de lo que aparentemente con su acción está favoreciendo. De ahí que para no pocos autores el valor semántico de la expresión agente provocador venga dado por un lado por la voz provocación, la cual significa tanto como determinar o incitar a una persona a hacer algo, y por otro por la presencia de esa estructura contradictoria a la que se acaba de hacer mención.

La aceptación de este significado en el contexto del Derecho penal ha sido una constante en los diversos estudios realizados sobre el tema. Basta repasar las monografías al mismo dedicadas y tanto en las antiguas como en las más recientes, casi de forma exclusiva se contempla el problema considerando al agente provocador como un partícipe en el hecho que realiza la persona del provocado, y cuya misión consiste en provocar a éste a cometer un delito a fin de que le sea impuesta una pena. Incluso se podría dar un paso más y afirmar que una vez situado el tema, sistemáticamente, en la participación criminal, la literatura penal de ordinario considera que el agente provocador propiamente es "el instigador que quiere exclusivamente la tentativa, pero no la realización total del hecho principal", según la definición que da KUPER(2). Es decir, se

(2) KUPER, "Der agent provocateur", 321.

limita el comportamiento del agente provocador a los supuestos en los que éste realiza una conducta instigadora, y se da entera a la estructura contradictoria que subyace en su proceder bajo la forma de la tentativa, al entender que el agente provocador, de modo diferente a lo que sucede de ordinario en todo copartícipe criminal, solamente quiere que tenga lugar la tentativa del hecho principal, no su consumación(3).

Bien es cierto que no faltan autores, así el propio KÜPER, que advierten que el tratamiento del agente provocador referido únicamente a la instigación, o todo lo más a los actos preparatorios expresamente declarados punibles, "probablemente sólo describe un detalle del total problema"(4). Quizá por ello PLATE tenga que decir, aunque siempre dentro del entorno de la participación criminal, que "en sentido amplio también se califica de agente provocador al auxiliador que sólo de forma aparente presta ayuda al autor principal -particularmente mediante el suministro de un medio inidóneo- pero que en realidad no favorece el hecho principal"(5).

(3) Cfr. por todos SCHÖNKE-SCHRÖDER-CRAMER, Strafgesetzbuch, 363.

(4) KÜPER, "Der agent provocateur", 321.

(5) PLATE, "Die Strafbarkeit des agent provocateur", 294. Cfr. también, HEILBORN, Der agent provocateur, 90 s. y 99; MAURACH, Tratado, II, 381; JESCHECK, AT, 566; STRATENWERTH, AT, 252; s.; SCHMIDHÄUSER, AT, 568; LETZGUS, Vorstufen, 68; KÜPER, "Der agent provocateur", 335 n. 95; KARGE, Der agent provocateur, 18; SAMSON, en Systematischer Kommentar, I, 238. En contra de que el agente provocador pueda obrar a título de auxiliador, JOHANNIEMANN, (Die Strafbarkeit des Spitzels, 119), al entender que el cómplice no incita a delinquir, principal requisito, a juicio de este autor, requerido por la conducta provocadora.

En consecuencia, desde que en 1858 GLASER definiera al agente provocador -de forma un tanto esporádica y más que nada en atención a las exigencias del contexto- como "quien instiga a otro a perpetrar un delito, tan sólo por que quiere que éste resulte posteriormente convicto y sea castigado(6), la localización sistemática del tema en la participación criminal, y de modo más específico en la instigación, es el criterio dominante y que hoy todavía perdura. De acuerdo con este esquema el término agente provocador, para no pocos autores, ha pasado a ser en el Derecho penal una expresión que sirve preferentemente para dar significado a las acciones de instigación o de inducción en las que el instigador sólo quiere o proyecta la tentativa del hecho principal(7). A partir de esta idea el problema se plantea y resuelve de acuerdo con la siguiente alternativa: para unos desde el momento en que el agente provocador nada más quiere que tenga lugar la tentativa del hecho principal, y el dolo de la instigación exige que capte la consumación, no actúa dolosamente y en consecuencia debe quedar exento de pena. Hasta tal punto ha encontrado arraigo este pensamiento que se ha llegado a crear la imagen según la cual la expresión agente provocador opera en todo caso como efecto condicionante de la idea de impunidad; así hay quien llega a hablar "del privilegio del agente provocador"(8),

(6) GLASER, "Zur Lehre vom Dolus", 33.

(7) Así la generalidad de los autores alemanes. Cfr. BAUMANN, AT, 577; BLEI, AT, 250; JESCHECK, AT, 560; MAURACH, Tratado II, 360; OTTO, Grundkurs, 267; SCHMIDHÄUSER, AT, 555 s.; STRATENWERTH, AT, 250; WELZEL, Strafrecht, 117; SAMSON, en Systematischer Kommentar, I, 231; RUDOLPHI, "Strafbarkeit der Beteiligung", 364; EL MISMO, "Inhalt und Funktion des Handlungsunwertes", 66 s.

(8) MAURACH, Tratado II, 372; Cfr. RODRIGUEZ MOURULLO, en Comentarios, I, 170.

queriendo significar con ello que a pesar de intervenir en una infracción delictiva no se le puede hacer responsable criminalmente; la segunda alternativa invierte el planteamiento al indicar que si para castigar al instigador basta con que el instigado de principio a la ejecución del hecho principal, no es necesario que el dolo de aquél abarque la consumación, sino que es suficiente que capte solamente la tentativa; en consecuencia para este segundo punto de vista el agente provocador obra de forma plenamente responsable cuando su dolo sólo se extiende a la tentativa del hecho principal.

Estas dos son, en síntesis, las posiciones desde las que el tema acostumbra a ser enfocado por la doctrina, las cuales, no es necesario insistir demasiado en ello, adolecen de un excesivo grado de simplificación. De su valoración y crítica me ocuparé en el presente capítulo.

Por de pronto hay que adelantar que no es este el planteamiento adoptado en el presente estudio, ni tampoco es ese el encuadre sistemático que corresponde al tema. Anteriormente se dijo que la expresión agente provocador, en el contexto del Derecho penal, sufre un cambio semántico a consecuencia de lo cual varía su ordinario significado y pasa a servir de denominador común a todos los supuestos en los que un sujeto, cualquiera que sea la valoración jurídica penal que merezca su conducta, interviene en un hecho criminal sin voluntad de producir el desvalor de lo injusto del delito afectado, sino sólo con la intención de que otro u otros copartícipes se hagan responsables criminalmente del mismo.

Por eso incluso los autores que limitan preferentemente la conducta del agente provocador a los supuestos en los que realiza un comportamiento de inducción, deben reconocer que algunas de sus actuaciones han de ser remitidas a la autoría -como es el caso del agente provocador al revés del que hablaba KOHLER(9)-, al auxilio, etc.

De acuerdo con este planteamiento, también el agente provocador podrá obrar como partícipe, sin que por ello deba relacionarse su comportamiento necesariamente con la participación criminal en sentido estricto, y menos aún, de forma exclusiva, con la inducción o la instigación, como hoy todavía hace la opinión mayoritaria.

Por otra parte el tratamiento dogmático que la literatura de ordinario dedica al tema, además de incurrir en un excesivo grado de simplificación, es portador de los errores propios de toda generalización. Hoy no puede sostenerse con un mínimo de rigor que el agente provocador, de acuerdo con cada una de las dos opiniones a las que se acaba de hacer mención, debe ser castigado o quedar impune sin más. Lo correcto es individualizar caso por caso y contemplar, previamente a cualquier consideración sobre el dolo, si su comportamiento reúne las exigencias requeridas por el tipo de lo injusto del delito afectado para ser sometido a un juicio de desvalor. De este modo, si bien la particular carencia volitiva del agente provocador, al obrar sin voluntad de que se produzca el desvalor de lo injusto del tipo

(9) KOHLER, Studien, I, 126. Cfr. DOPFFEL, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des agent provocateur, 22 ss. (instigación putativa).

afectado, sino persiguiendo el castigo del provocado, sirve para definirle cuando se le compara con cualquier otro copartícipe criminal, en modo alguno de la misma se pueden deducir conclusiones apriorísticas sobre su castigo o impunidad. La neta diferenciación entre los problemas conceptuales y los de responsabilidad es el primer presupuesto que exige el análisis del comportamiento del agente provocador. La ausencia de voluntad de producir el desvalor de lo injusto es un elemento conceptual, pero que no necesariamente conduce, sin más, a la impunidad. En qué casos el comportamiento del agente provocador, que actúa a título de partícipe, debe ser objeto de una reprobación penal, y cuando no, exige analizar si esa carencia volitiva es operativa por ir acompañada de otros momentos -así, porque el agente provocador interviene con posterioridad de forma inmediata o mediata para evitar el resultado del hecho principal, o la comisión del delito es de antemano imposible, etc.- que eventualmente excluyen su responsabilidad criminal. El problema dogmático penal del agente provocador no consiste tanto en la presencia o ausencia de un momento volitivo, que desde un punto de vista sistemático la doctrina penal sitúa en el dolo, como en la falta de los presupuestos exigidos para considerar típicamente antijurídico su comportamiento(10).

(10) Cfr. LUDERSSEN, Zum Strafgrund der Teilnahme, 26, quien indica que el lugar sistemático donde debe resolverse el problema del agente provocador no es en la culpabilidad sino en la antijuricidad; JOHANNES, Mittelbare Täterschaft, 56, n. 157: "Son erróneas, por el contrario, las opiniones que quieren resolver el problema del agente provocador en la esfera del dolo". Véase además, KARGE, Der agent provocateur, 9 y 31 s; PLATE, "Zur Strafbarkeit des agent provocateur", 297 y 313.

Por ello incluso quienes creen que el problema del agente provocador es fundamentalmente de dolo, deben acudir a otros razonamientos para avalar sus deducciones. Y es que en la base del argumento según el cual el agente provocador actúa o no dolosamente, está latente otro presupuesto anterior que engloba al propio dolo del partícipe: el fundamento de la pena en la participación criminal. De este modo si el agente provocador, que actúa a título de partícipe, debe o no ser castigado, no se deberá tanto, ni en todo caso, a que obre o no dolosamente, sino más bien a no haber realizado el comportamiento fundamentador de lo injusto en la participación al no haber contribuído, de modo efectivo, a la lesión o puesta en peligro del bien jurídico(11).

Llegados a este punto conviene advertir que al plantear el fundamento de la pena en la participación criminal no se hace, como acostumbra la doctrina penal, para enfrentar a dos teorías -las basadas en el pensamiento de la corrupción frente a las que parten de la contribución prestada por el partícipe en la lesión o peligro del bien jurídico- que se consideran antagónicas, hoy sin fundamento, en la respuesta al problema en concreto del agente provocador, sino para obtener argumentos que nos abran a las diversas vías de análisis a la hora de considerar lo injusto en la participación criminal. Solamente tras haber llegado a conclusiones certeras en esta materia, se podrá examinar después individualizadamente si el comportamiento del agente

(11) Cfr. PLATE, "Zur Strafbarkeit d^e agent provocateur", 313 n. 64.

provocador -caso por caso, y no de acuerdo con las generalizaciones a las que con frecuencia apela la doctrina(12)- debe ser objeto de la reprobación penal por haber obrado de forma típicamente antijurídica.

II.- El fundamento de la pena en la participación criminal.

La expresión participación criminal, tanto semánticamente como desde un punto de vista dogmático penal, sólo adquiere un valor concreto cuando se opone el comportamiento del partícipe a las distintas formas de manifestarse la autoría. La autoría en sentido propio se caracteriza, según se vió en el capítulo anterior, porque el autor con su comportamiento da lugar a las características del tipo, al contrario de lo que sucede en la participación, donde la conducta del partícipe no es directamente subsumible en el tipo de la parte especial. La participación frente a las formas de autoría supone, por tanto, una ampliación de la tipicidad y de la pena(13); pero también desde el momento en que el partícipe no realiza directamente las características del tipo, pues sino sería sin más autor, tiene un valor referencial: se participa en algo, se contribuye en el hecho que realiza otra parsona; o lo que es lo mismo, la participación exige como presupuesto objetivo un hecho prin

(12) Así también PLATE, "Zur Strafbarkeit des agent provocateur", 315: "El problema del castigo del agente provocador sólo puede contestarse diferenciando según los casos".

(13) Cfr. STRATENWERTH, AT, 241.

cipal antijurídico realizado por otro sujeto(14). Se habla, de este modo, del carácter accesorio de la participación al exigirse, como indica SAMSON, no cualquier contribución causal en la lesión del bien jurídico, sino el ataque al mismo a través de un hecho principal que cuando menos debe ser típicamente antijurídico(15).

Este mismo proceso aparece claramente reflajado en la sistemática de nuestro Código penal; mientras el autor en sentido propio no aparece definido en ninguna parte, porque ya lo está en cada uno de los tipos de la parte especial, la conducta del partícipe expresamente se encuentra recogida en los artículos 14 y 16 -de acuerdo con las distintas posibilidades que la realidad criminal ofrece- y va referida al comportamiento del autor principal(16). Lo injusto de la participación tiene, de este modo, un carácter derivado, pues el partícipe no lesiona o pone en peligro directamente el bien jurídico protegido en el precepto de la parte especial, sino que contribuye a su lesión o peligro a través del hecho que realiza el autor principal. De ello hay que deducir el carácter derivado de lo injusto en la

(14) Cfr. por todos RODRIGUEZ DEVESA, Derecho penal español. Parte general, 681 s., destacando la unidad del título de imputación y el carácter accesorio (accesoriedad limitada) de la participación criminal.

(15) SAMSON, en Systematischer Kommentar, I, 225.

(16) Cfr. Harro OTTO, "Straflose Teilnahme?", en Festschrift für Richard Lange, Berlin, New York, 1976, 204 y 207, quien destaca que la autoría y la participación no son creaciones del legislador sino fenómenos de la realidad social. Por lo que respecta a la referencia al hecho principal, véase RODRIGUEZ NUÑO, Notas, II, 293 s.; HEILBORN, Der agent provocateur, 78: "Su dependencia no se debe al capricho del legislador, sino a la lógica de las cosas"

participación criminal(17). No obstante recientemente, de nuevo, ha resurgido una corriente de pensamiento según la cual la participación criminal tiene un carácter autónomo y los tipos de participación son portadores de su propio contenido de injusto(18). De modo diferente ha sido planteado este punto de vista fundamentalmente por LUDERSSEN y SCHMIDHAUSER, y en cierto modo también por HERZBERG, así como también distintos son los presupuestos y las conclusiones prácticas a que llegan cada uno de estos autores(19). Por de pronto LUDERSSEN prescinde, para fundamentar su tesis, del llamado carácter accesorio de la participación, en tanto que HERZBERG o SCHMIDHAUSER lo tienen en cuenta, aunque de modo diferente a como hace la opinión dominante. Mientras para ésta del hecho principal hay que derivar lo injusto en la participación, para HERZBERG o SCHMIDHAUSER el hecho principal sólo tendría un carácter delimitador de la pena, no fundamentador de la propia pena(20).

(17) Así GALLAS, Beiträge zur Verbrechenslehre, 118; JESCHECK, AT, 558; STRATENWERTH, AT, 243; KÜPER, "Der agent provocateur", 327 y 329.

(18) Para las teorías pluralistas no es correcto hablar de unidad del título de imputación, sino que los actos de cada uno de los partícipes forman delitos distintos. Véase a este respecto la exposición de RODRIGUEZ DEVESA, Derecho penal español. Parte general, 681. Sobre las diferentes formas de concebir la accesoriedad, PLATE, "Zur Strafbarkeit des agent provocateur", 299 s., citando a BELING (Methodik der Gesetzgebung, insbesondere der Strafgesetzgebung, 1922, 103).

(19) LUDERSSEN, Zum Strafgrund der Teilnahme, 119 ss.; SCHMIDHAUSER, AT, 531 ss.; HERZBERG, "Anstiftung und Beihilfe als Straftatbestände", en GA, 1971, 1 ss. Véase además LANGER, Das Sonderverbrechen, 136 ss.; QUINTERO OLIVARES, Los delitos especiales, 67 s.

(20) Cfr. Theo VOGLER, "Zur Frage der Ursächlichkeit der Beihilfe für die Haupttat" en Festschrift für Ernst Heinitz, Berlin, 1972, 300.

A.- Teoría que mantiene que los tipos de participación son portadores de su propio contenido de injusto.
Crítica.

Brevemente se va a examinar el pensamiento de cada uno de estos autores. HERZBERG se interroga si no sería posible deducir de los preceptos de la parte general relativos a la participación, "tipos penales específicos y completos, por tanto auténticos tipos de delito, sujetos como los tipos de la parte especial a las mismas prescripciones dogmáticas"(21). Su respuesta es afirmativa. A esta conclusión llega a través del siguiente razonamiento: HERZBERG indica que si no nos preguntamos quién es el autor de un hurto, debemos acudir al correspondiente precepto de la parte especial donde se describe de forma plástica la conducta constitutiva del delito en cuestión. Por eso no sin razón piensa que la definición que establece de autor el actual parágrafo 25 del StGB alemán es "exclusivamente declarativa", pues, en rigor, autor es "el que realiza el tipo"(22); el parágrafo 25 del StGB no tiene por tanto, en opinión de HERZBERG, "una auténtica función tipificadora"(23). Otra cosa sucede por el contrario -escribe- con los preceptos de la participación: "cumplen la función de fundamentar la pena". Así ejemplifica: cuando alguien sin ánimo de lucro determina a otro a cometer un hurto o presta ayuda para su ejecución, no puede ser castigado en base al precepto de la parte especial que tipifica la acción de sustraer con

(21) HERZBERG, "Anstiftung und Beihilfe", 1

(22) HERZBERG, "Anstiftung und Beihilfe", 2

(23) HERZBERG, "Anstiftung und Beihilfe", 2

ánimo de lucro una cosa mueble ajena, etc., pues además de carecer de la intención propuesta en el tipo, no cumple con las características materiales de la sustracción. La determinación y ayuda a sustraer -señala HERZBERG- es algo distinto del hecho mismo de sustraer. De ahí que "el instigador y el auxiliador deberían quedar impunes de forma general -al contrario que el autor- si la parte general no contuviera determinaciones sobre ellos"(24). En consecuencia para HERZBERG "los tipos de participación", son auténticos tipos de delito, de lo que parece que habría que deducir que son portadores de su propio contenido de injusto.

LUDERSSEN da un paso más y considera no solo que los tipos de participación son independientes y portadores de su propio contenido de injusto sino además que la dependencia de la participación de un hecho principal a lo sumo tiene un carácter fáctico, pero nunca fundamentador de la pena en la participación.

El planteamiento de LUDERSSEN, aunque llegue a la misma conclusión que HERZBERG(25) en orden a que los tipos de participación son autónomos, difiere sustancialmente en cuanto a la metodología utilizada y los propios resultados prácticos. La metodología con la que opera LUDERSSEN está orientada en el pensamiento tópico -frente al sistemático-

(24) HERZBERG, "Anstiftung und Beihilfe", 2.

(25) Así expresamente lo reconoce HERZBERG, "Anstiftung und Beihilfe", 3. No obstante señala que entre el planteamiento de LUDERSSEN y el suyo no hay ningún punto de contacto, pues éste, para elaborar su tesis, "toma como víctima al principio de la accesoriedad"(3).

por lo que sus deducciones toman como base, no como hace HERZBERG los preceptos de la parte general, sino las propias determinaciones de la parte especial(26). Esto le lleva, indfectiblemente, al contrario que a HERZBERG, a prescindir del carácter accesorio de la participación. Así indica: "También el partícipe realiza lo injusto típico y la dependencia de su castigo de un hecho principal es de naturaleza puramente fáctica"(27).

El fundamento de la pena en la participación consistiría, de este modo, en que el partícipe con su conducta realiza su propio injusto, no un injusto derivado del hecho principal; es decir, también el partícipe debe lesionar o poner en peligro el bien jurídico de la parte especial, por lo que dicha lesión o peligro debe ser típica y antijurídica, no sólo con relación al autor, sino también con respecto al partícipe(28). En consecuencia, lo injusto de la participación no tendría un carácter derivado -de lo injusto del hecho principal- sino que ya el comportamiento del partícipe fundamenta su propio injusto. Por eso LUDERSSEN cree que cuando se sostiene la opinión según la cual el partícipe en un suicidio no puede ser castigado, se debería acudir a otros razonamientos distintos al de la ausencia del hecho principal, pues la "vida ajena es intocable para todo individuo" y en todo caso está protegida de forma general frente

(26) LUDERSSEN, Zum Strafgrund der Teilnahme, 30 ss. Sobre el método consistente en partir de "una constelación de casos", véase MIR PUIG, Introducción, 281 ss.

(27) LUDERSSEN, Zum Strafgrund der Teilnahme, 119.

(28) LUDERSSEN, Zum Strafgrund der Teilnahme, 119ss y 164ss.

al ataque de terceras personas(29). Por eso contrario sensu habría que deducir de la tesis de LUDERSSEN, que la participación en un suicidio debería ser punible en todo caso aun faltando el hecho principal -y abstracción hecha, claro está, de las legislaciones como la nuestra que tipifican de manera expresa en la parte especial la inducción y el auxilio al suicidio como tipo autónomo-, porque el bien jurídico vida ajena se halla protegido de forma general; y si bien en el suicidio el bien jurídico vida no encuentra protección con respecto a los ataques del suicida, sí lo encuentra con relación a terceras personas. Con ello habría que llegar a la conclusión, en opinión de LUDERSSEN, de que faltando el hecho principal, y por tanto lo injusto del mismo, el partícipe en un suicidio -y más ampliamente el partícipe en general- debe ser castigado por haber realizado un injusto propio, no derivado del hecho principal, pues el partícipe también lesiona o pone en peligro el bien jurídico de la parte especial(30).

En los casos en los que el partícipe no puede lesionar o poner en peligro directamente el bien jurídico protegido en el precepto de la parte especial, así en los delitos especiales propios, es necesario un hecho principal realizado por un cualificado; pero tal dependencia, piensa LUDERSSEN, es puramente fáctica, nunca fundamentadora de lo injusto de los tipos de participación, pues también frente a los ataques del partícipe no cualificado encuentra protección el bien jurídico del delito especial propio(31).

(29) LUDERSSEN, Zum Strafgrund der Teilnahme, 168.

(30) Cfr. Eberhard SCHMIDHÄUSER, "Selbstmord und Beteiligung am Selbstmord im strafrechtlichen Sicht", en Festschrift für Hans Welzel, Berlin, New York, 1974, 805 s.

(31) LUDERSSEN, Zum Strafgrund der Teilnahme, 135 s. y 197.

Por fin SCHMIDHAUSER considera que no es correcto hablar de participación en un delito sino de "delitos del partícipe", al ser éstos portadores de su propio injusto(32). El delito del partícipe es pues un hecho punible exactamente igual que el delito del autor. Las únicas particularidades que lo diferencian frente a éste último son: en primer lugar, por exigencias de técnica legislativa, su tipicidad resulta de la combinación de las prescripciones de la parte especial con las de la parte general, y en segundo lugar, es preciso ponerle en relación con el hecho principal típicamente antijurídico(33). Pero en opinión de SCHMIDHAUSER, el fundamento de la pena en el delito del partícipe no es diferente al del delito del autor: como el autor, el partícipe tiene su hecho punible "para sí"(34); éste no participa en la lesión a la pretensión de respeto, derivada del bien jurídico, que realiza el autor, sino que él mismo lesiona esa pretensión de respeto, ya sea mediante una voluntad final (desvalor final) o a través de la creación de una situación de peligro (desvalor de peligro)(35). No obstante reconoce SCHMIDHAUSER que la ley penal hace depender el delito del partícipe de la existencia de un hecho principal; pero tal dependencia, según este autor, solo afecta a la delimitación de la pena del partícipe y habría que darle un valor semejante al que tiene el comienzo del resultado en el delito del autor(36).

(32) SCHMIDHAUSER, AT, 531.

(33) SCHMIDHAUSER, AT, 532. Cfr. QUINTERO OLIVARES, Los delitos especiales, 49 s. y 67 s.

(34) SCHMIDHAUSER, AT, 532.

(35) SCHMIDHAUSER, AT, 206 y 533.

(36) SCHMIDHAUSER, AT, 532 s. y 536.

Ninguna de las tres teorías expuestas convence totalmente, aunque es meritorio el intento realizado para poner de relieve que también con respecto al partícipe el hecho debe ser antijurídico, o lo que es lo mismo, que los tipos de la parte especial también protegen los bienes jurídicos frente a los ataques del partícipe(37). Sin embargo en contra de SCHMIDHAUSER, y en cierto modo de HERZBERG, hay que decir que si el partícipe con su comportamiento realiza ya su propio injusto, al cumplir con las características del delito del partícipe o del tipo de participación, no se ve la necesidad de un hecho principal al que referirlo. Desde este punto de vista los tipos de participación ya contendrían el desvalor suficiente para hacer responsable criminalmente al partícipe, sin necesidad ninguna de un comienzo de ejecución por parte del autor principal; y con referencia al bien jurídico, el tipo de participación debería ser portador de un bien jurídico autónomo. Por otro lado el grado de desarrollo alcanzado por el hecho realizado por el autor principal debería ser irrelevante: tanto si se ha llegado a la tentativa como si se ha consumado, la pena que habría que imponer al partícipe debería ser la misma, pues los tipos de participación, en opinión de estos autores, son portadores de su contenido de injusto. Para obviar estas inconsecuencias, se debe acudir al expediente de considerar al hecho principal, así expresamente lo hace SCHMIDHAUSER, como una especie de condición de punibilidad que afecta a la delimitación o cuantía de la pena, no al propio

(37) Así lo reconoce también SAMSON, en Systematischer Kommentar, I, 226.

fundamento de la pena(38). Por ello parece más consecuente, en el orden sistemático, aunque no puedan convencer sus conclusiones prácticas, el planteamiento de LUDERSSEN al prescindir del carácter accesorio de la participación y considerar a ésta, a lo sumo, como de mera naturaleza fáctica. LUDERSSEN, en definitiva, no ha hecho más que desarrollar y llevar a sus últimas consecuencias la teoría que ve el fundamento de la pena en la participación, en la contribución prestada por el partícipe en el hecho del autor principal (Verursachungstheorie)(39). Si el partícipe también lesiona o pone en peligro la bien jurídico protegido por el tipo de la parte especial afectado, LUDERSSEN no ve la necesidad de considerar lo injusto de la participación derivado del hecho que realiza el autor principal, sino que ya el partícipe, con su conducta, realiza su propio injusto. Desde este punto de vista, la dependencia de la participación del hecho principal es de naturaleza a lo sumo fáctica, pero no fundamentadora de lo injusto para la participación.

(38) Cfr., SCHMIDTUNSER, AT, 532. Por eso LANGER (Das Sonderverbrechen, 466), expresamente indica que cuando se parte de la idea según la cual los tipos del partícipe son independientes y portadores de su propio contenido de injusto -no derivado del hecho principal- el principio de la accesoriedad de la participación sólo puede cumplir la función de delimitar el ámbito de lo punible. Véase además ROXIN, "Zur Dogmatik der Teilnahmelehre im Strafrecht", en JZ, 1966, 297.

(39) De ahí que SAISON, (Systematischer Kommentar, I, 223), califique a la teoría de LUDERSSEN, como reine Verursachungstheorie. Cfr. STRATENWERTH, AT, 243.

Las consecuencias prácticas a las que llega la tesis de LUDERSSEN, sin embargo, son incompatibles, como repetidamente se ha señalado por la doctrina, con la actual regulación tanto del StGB alemán como de nuestro Código penal(40).

La participación en un suicidio, por ejemplo, no sería punible en el Código penal español, al faltar el hecho principal típicamente antijurídico, de no existir el art. 409 donde se prevé, de forma expresa como tipo autónomo, la inducción y el auxilio al suicidio; de igual forma quien coopera en una omisión de socorro con un comportamiento positivo, nunca podrá ser considerado, como cree LUDERSSEN, partícipe en un homicidio si ha tenido lugar la muerte de una persona(41). Además hay que añadir, como por otra parte señala el propio HERZBERG, que el planteamiento de LUDERSSEN parece moverse en un mundo ajeno al pensamiento de la finalidad de política criminal y a la idea de equidad(42); de igual modo, al prescindir en absoluto de los preceptos relativos a la participación, contenidos en la parte general del Código, queda del todo anulada la función de seguridad jurídica que les está encomendada en la determinación del comportamiento típico del partícipe. En conclusión: de aceptarse este punto de vista, la consecuencia lógica sería que con la admisión de tipos de participación autónomos, el comportamiento del partícipe es ya portador de su contenido de injusto -no derivado del hecho principal- por lo

(40) Cfr. JESCHECK, AT, 558; STRATENWERTH, AT, 243 s.; SAMSON, en Systematischer Kommentar, I, 225.

(41) LUDERSSEN, Zum Strafgrund der Teilnahme, 192.

(42) HERZBERG, "Anstiftung und Beihilfe", 3.

que la dependencia de tal hecho principal sería del todo superflua, o a lo sumo, como indica LUDERSSEN, de naturaleza meramente fáctica.

Este planteamiento desconoce, sin embargo, las siguientes precisiones. Es cierto que al partícipe se le castiga por haber atacado ^{directamen}te el bien jurídico protegido en el precepto de la parte especial afectado por su conducta; esto quiere decir que el objeto de protección en la participación criminal, al igual que sucede con el comportamiento del autor, son los bienes jurídicos tutelados en los tipos en concreto y no un bien jurídico autónomo. Pero así como al autor se le castiga por haber lesionado o puesto en peligro directamente el bien jurídico, al partícipe se le castiga por haber contribuido a esa misma lesión o puesta en peligro a través del hecho realizado por el primero.

En consecuencia, lo injusto de la participación presupone y se deriva de lo injusto del hecho principal(43). Además para que esa acción de participación sea punible se exige, cuando menos, un principio de ejecución por parte del autor principal. De ello hay que deducir que la dependencia de la participación del hecho principal sirve para determinar su propio contenido de injusto: por un lado el partícipe sólo puede lesionar o poner en peligro el bien jurídico a través del hecho que realiza el autor principal,

(43) Así MAURACH, Tratado, II, 357/358. JESCHECK, AT, 558; STRATENWERTH, AT, 243 s.; Con razón VOGLER, ("Ursächlichkeit der Beihilfe", 299), indica: "La ausencia de independencia de los tipos de participación se corresponde con la falta de un bien protegido autónomo".

y por otro sólo es punible esa acción cuando el autor principal da principio a la ejecución del hecho(44). De este modo si el autor sólomente realiza una tentativa, el partícipe es responsable por haber contribuído al ataque del bien jurídico en grado de tentativa, y así con cada uno de los diferentes estadios de progresión delictiva. Resulta entonces que el hecho principal no es mera condición de punibilidad, sino parte decisiva para fundamentar lo injusto típico en la participación. En consecuencia, puede hablarse más que de una dependencia conceptual o fáctica, de una dependencia jurídica, según pone de relieve SAMSON, al ser el hecho principal determinante del propio injusto típico en la participación criminal(45).

Una vez examinados estos nuevos intentos que pretenden deducir tipos de participación autónomos, y por tanto portadores de su propio contenido de injusto, se pasa a exponer otros planteamientos sobre el fundamento de la pena en la participación.

En la literatura penal se advierte la falta de una precisa sistematización a la hora de encuadrar las diferentes teorías. Es frecuente presentar como enfrentadas, y hasta opuestas en sus conclusiones prácticas, a dos puntos de vista: la teoría de la participación en la culpabilidad (Schuldteilnahmetheorie) frente a la teoría de la co-causación de

(44) SAMSON, en Systematischer Kommentar, I, 226. Cfr. RODRIGUEZ DEVESA, Derecho penal español. Parte general, 682.

(45) SAMSON, en Systematischer Kommentar, I, 226.

la lesión del bien jurídico (Verursachungstheorie) (46). Tal antagonismo, sin embargo, obedece a una valoración superficial, pues un análisis más atento pone de manifiesto que la rivalidad entre ambas, en su actual formulación, es más aparente que real, por lo que no debe extrañar que lleguen a idénticas conclusiones. Por ello quizá sea más acertado establecer dos puntos de vista a la hora de iniciar el estudio del fundamento de la pena en la participación criminal. Uno vendría representado por las teorías que aceptan el pensamiento de la corrupción, y sobre todo valoran su incidencia y efectos en la persona del autor principal, frente a las que prescinden del momento de la corrupción para fundamentar la pena en la participación.

B.- Teoría de la corrupción.

Las teorías que parten del pensamiento de la corrupción consideran que el partícipe con su comportamiento corrompe o seduce, en cierto modo, a la persona del autor principal al arrastrarle hacia el delito. Esta idea ha sido tenida en cuenta por no pocos autores, principalmente con relación a la inducción, aunque cada uno matiza después cual ha de ser ese grado de corrupción o seducción, y sobre todo, cómo ha de valorarse su repercusión a la hora de afrontar el examen de la responsabilidad criminal del partícipe. Por eso como acertadamente indica F. Chr. SCHROEDER el contenido del momento de la corrupción no siempre es

(46) Cfr. MAURACH, Tratado, II, 365 s.; JESCHECK, AT, 557 s.; STRATENWERTH, AT, 241 s.; WESSELS, AT, 101; SANSON, en Systematischer Kommentar, I, 223 s.

coincidente en los distintos autores(47). Ya lo tuvo en cuenta BINDING, entre otros, al considerar que las incitaciones públicas del parágrafo 111 del StGB alemán comportan un ataque a la disposición anímica de acatar la ley(48); o más recientemente LESS cuando señala que la instigación supone un ataque contra el orden jurídico(49). MAURACH, por el contrario, toma en consideración el momento de la corrupción para diferenciar a la instigación de la autoría media ta. Mientras que la instigación se presenta -escribe MAURACH- "como corrupción del hombre libre, la la autoría media ta se caracteriza esencialmente por el abuso del hombre no libre"(50). Por fin todavía otros autores hacen del momento de la corrupción simple punto de referencia para la medición de la pena(51).

No se corresponde, en rigor, con ninguno de estos planteamientos, el pensamiento de la corrupción que ahora nos interesa analizar. En sentido propio la corrupción significa que el partícipe con su comportamiento lleva a otro

(47) F. Chr. SCHROEDER, Der Täter hinter dem Täter, 209 ss.

(48) Karl BINDING, Lehrbuch, BT, II, 2, 2ª ed. Leipzig, 1905, 838 ss. Cfr. además LANGE, Die Notwendige Teilnahme, 39; GALLAS, Beiträge zur Verbrechenslehre, 119 s.

(49) Günter LESS, "Der Unrechtscharakter der Anstiftung", en ZStW, 1957, 54. Cfr. KUPER, "Der agent provocateur", 327s, como perturbación del orden social o jurídico.

(50) MAURACH, Tratado, II, 317 s. Cfr. RODRIGUEZ MOURULLO, en Comentarios, I, 309; OTTO, "Straflose Teilnahme?", 210.

(51) PLATE, "Zur Strafbarkeit des agent provocateur", 303, quien considera, además, que la conducta del instigador comporta un ataque a la vigencia empírica del derecho. LANGE, Die Notwendige Teilnahme, 57 s.; GALLAS, "Täterschaft und Teilnahme", en Materialien, I, 1954, 147 s.

por el mal camino al hacerla incurrir en culpabilidad criminal, y esta corrupción que opera en la persona del autor, y no la contribución prestada para la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, debe ser tomada en cuenta como motivo principal para castigar al partícipe. No obstante hay que decir, como ha puesto de relieve LÜDERSSEN, que quizá en ningún momento nadie haya sostenido seriamente que el partícipe debe ser castigado pura y simplemente por haber seducido al autor(52). Sin embargo es frecuente encontrar en la doctrina, al exponer esta teoría, la afirmación según la cual para la Schuldteilnahmetheorie el partícipe debe ser castigado "por haber hecho incurrir en culpabilidad y pena al autor"(53). Es decir se toma aisladamente esta frase desprendida del contexto en el que es utilizada por los partidarios de la Schuldteilnahmetheorie, y se pretende de la misma deducir conclusiones en torno al fundamento de la pena en la participación, ajenas al planteamiento de los autores que aceptan tal teoría. Cuando se opera con este grado de simplificación no es extraño que se haga decir a los partidarios de la teoría de la participación en la culpabilidad ajena (Schuldteilnahmetheorie), en su actual formulación, lo que nunca estuvo en su pensamiento(54). Es cierto que H. MAYER -quizá el único partidario en estos

(52) LÜDERSSEN, Zum Strafrecht ddr Teilnahme, 47 n.1

(53) Cfr. STRATENWERTH, AT, 241; SCHNIDHÄUSER, AT, 53⁴ y 555; SCHÖNKE-SCHRÖDER-CRAMER, Strafgesetzbuch, 328 s.; WESSELS, AT, 101; KARGE, Der agent provocateur, 20 ss.

(54) Para el desarrollo histórico de la Schuldteilnahmetheorie véase LANGE, Die Notwendige Teilnahme, 36 ss.

últimos años en Alemania de tal teoría- indica que el partícipe debe ser castigado por haber seducido al autor(55). Sin embargo no debe pasarse por alto, cosa que frecuentemente hace la doctrina, que H. MAYER no desconoce que el partícipe debe contribuir a la lesión del bien jurídico del hecho principal(56). Así señala: "El partícipe provoca el hecho delictivo y seduce al autor"(57). Es decir, H. MAYER exige, como presupuesto de la pena en la participación, no sólo la contribución a la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, sino que además toma en cuenta, como segundo requisito, la seducción operada en la persona del autor principal.

Posteriormente H. MAYER rectificaría en parte su primitiva opinión y sin dejar de reconocer ni valorar el pensamiento de la corrupción como fundamento de pena, con la nueva formulación se acerca más a los planteamientos de la teoría de la participación en lo injusto ajeno (Unrechtsteilnahmetheorie), la cual tendré ocasión de examinar inmediatamente. Ahora H. MAYER indica que el motivo para castigar al partícipe consiste "por una parte en que se ha verificado realmente el hecho, pero por otra en que el partícipe hace coincidir su voluntad con la voluntad culpable del autor"(58). En consecuencia, para la actual formulación de la

(55) Hellmuth MAYER, Strafrecht. Allgemeiner Teil, Stuttgart, Köln, 1953, 319 s.

(56) De forma correcta reparan la atención en este doble requisito, NAURACH, Tratado, II, 365/366; JESCHKECH, AT, 557s.; PLATE, "Zur Strafbarkeit des agent provocateur", 297 n. 9; KÜPER, "Der agent provocateur", 323 s.; Cfr. además OTTO, "Straflose Teilnahme?", 210; EL MISMO, Grundkurs, 263.

(57) H. MAYER, Strafrecht, AT (1953), 319; EL MISMO "Täterschaft, Teilnahme, Urheberchaft", en Festschrift für Theodor Rittler, Aalen, 1957, 255.

(58) H. MAYER, "Täterschaft", 254.

teoría de la participación en la culpabilidad ajena no es la persona del autor principal el objeto de protección, sino que al igual que hace la Verursachungstheorie son los bienes jurídicos tutelados por los tipos de la parte especial (59).

El abandono por parte de la doctrina alemana de la Schuldteilnahmetheorie, en su formulación más extrema, encuentra una explicación bien simple: con la introducción en 1943 en el StGB del principio de la accesoriadad limitada, no era ya posible sostener que al partícipe se le castigaba "por haber hecho incurrir a otro en culpabilidad y pena". De acuerdo con el punto de vista de la accesoriadad limitada es suficiente para castigar al partícipe la realización por parte del autor principal de un hecho típicamente antijurídico; la culpabilidad del autor queda por tanto fuera del planteamiento de la accesoriadad; en consecuencia, el partícipe no puede ser castigado por haber contribuido al nacimiento de la culpabilidad ajena(60). Por eso hoy puede decirse que las teorías que parten del pensamiento de la corrupción, no encuentran simplemente el fundamento de la pena en el hecho de la seducción operada en la persona del autor, sino que a este momento añaden, además, la

(59) Por eso no sin razón RUDOLPHI ("Inhalt und Funktion des Handlungsunwertes", 66), piensa que llevada a sus últimas consecuencias la Schuldteilnahmetheorie, debería considerar que cuando se actúa a título de partícipe el objeto tutelado no son los bienes jurídicos, sino la persona del autor principal al que hay que preservar de que realice actos portadores de un desvalor. Cfr. LUDERSSEN, Zur Strafgrund der Teilnahme, 53.

(60) LESS, "Der Unrechtscharakter der Anstiftung", 44. KARGE, Der agent provocateur, 21, señala, además, que la Schuldteilnahmetheorie no puede explicar por qué al instigador no se le castiga en todo caso, una vez lograda la corrupción del autor, incluso aunque éste no haya dado principio a la

lesión mediata del bien jurídico a través del hecho principal. Claramente aparece reflejado en TRECH[§]EL este parecer cuando indica que debe ser sustituida la idea de que el instigador lleva a incurrir en culpabilidad y pena al autor por el concepto de la desintegración social, más en consonancia con el principio de la accesoriidad limitada(61). TRECH[§]EL recibe el pensamiento de la corrupción de la Schuldteilnahmetheorie y lo adopta bajo la forma de la desintegración social; no obstante tal idea la tiene presente solamente en la instigación, no así en el auxilio donde ~~se~~ acoge al punto de vista de la opinión dominante (Verursachungstheorie)(62). Según TRECH[§]EL cuando el instigador hace surgir la resolución criminal en otra persona, y éste procede a cometer un delito, provoca la desintegración social en el instigado al situarlo en un agudo conflicto con la sociedad (63). Pero advierte que para castigar al instigador no basta con tal desintegración social, sino que es preciso, además, el ataque al bien jurídico a través del hecho realizado por el autor(64).

..... ejecución del delito. Por otro lado indica que contradice lo dispuesto en los antiguos parágrafos 50-1 y 49 a del StGB, alemán, aparte de estar inspirada en un Derecho penal de voluntad.

(61) Stefan TRECH[§]EL, Der Strafgrund der Teilnahme, Bern, 1967, 55 y 60.

(62) TRECH[§]EL, Der Strafgrund der Teilnahme, 107 ss.

(63) TRECH[§]EL, Der Strafgrund der Teilnahme, 13 y 61. Al instigador se le castiga, señala, porque de forma dolosa coloca una causa con respecto a la acción típica y antijurídica, y además porque obra con la intención de que, a través de la misma, la persona del instigado se sitúe en una aguda desintegración social(32).

(64) TRECH[§]EL, Der Strafgrund der Teilnahme, 100/101: "Nuestra hipótesis -escribe- exige en la instigación la combinación de dos contenidos de injusto. Lo que caracteriza a la instigación es, justamente, la unión del ataque al hecho principal y al autor principal". Cfr. RODRIGUEZ NOURULLO, en Comentarios, I, 855.

Por mi parte creo que el pensamiento de la corrupción debe ser ajeno al fundamento de la pena en la participación criminal, pues excede a todo análisis dogmático penal y se aproxima peligrosamente a un derecho penal de voluntad(65); esto no quiero decir que en atención a consideraciones de orden ético social, de hecho se produzca en no pocas ocasiones una corrupción o desintegración social en la persona del autor al ser arrastrado al delito por el inductor, por ejemplo; pero en modo alguno esa corrupción o desintegración puede ser tomada en cuenta no ya como fundamento, sino ni siquiera como presupuesto para castigar al partícipe. Se daría de este modo la paradoja de que el partícipe no sólo contribuye a la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, sino que además habría que añadir a su comportamiento otro elemento de desvalor -la corrupción o desintegración social del autor- con lo cual resultaría que la conducta del partícipe es más grave que la del autor. Por otra parte, como ha puesto de relieve STRATENWERTH, la variante de TRECHel tampoco es compatible con el actual derecho, pues habría que conocer de modo certero el grado de integración social de todo sujeto antes de emitir un juicio sobre si ha producido o no su desintegración del cuerpo social(66).

(65) Así KARGE, Der agent provocateur, 21.

(66) STRATENWERTH, AT, 242.

C.- Teoría de la cooperación en la realización del hecho principal.

La teoría de la co-causación o teoría del favorecimiento (Verursachungstheorie o Förderunsthoeie), en principio prescinde del pensamiento de la corrupción como fundamento de la pena en la participación, o a lo sumo algunos tienen en cuenta este momento dándole un valor y contenido diferente, tal como anteriormente se ha indicado.

La Verursachungstheorie, que hoy es opinión dominante, encuentra el fundamento de la pena en la participación en la contribución o favorecimiento que el partícipe presta para la realización, por parte del autor, de un hecho principal típicamente antijurídico(67). Consecuentemente se sitúa en contra de las teorías que consideran que el partícipe responde por haber realizado un injusto autónomo, al considerar que lo injusto de la participación presupone y se deriva del hecho típicamente antijurídico que realiza el autor principal.

Esta idea ha sido desarrollada de forma diferente por la doctrina. Mientras que para unos la conducta del partícipe supone una contribución en lo injusto ajeno y por ello debe asumir, de forma general, la realización por parte del

(67) Cfr. GEMDERMAT, "El sistema del Derecho penal en la actualidad", en Estudios de Derecho penal, 87; BAUMANN, AT, 570 s.; JBSHECK, AT, 558; SCHÖNKE-SCHRÖDER-CRAMER, Strafgesetzbuch, 329; STRATENWERTH, AT, 243 s.; WELZEL, Strafrecht, 115; WESSELS, AT, 101; SAMSON, en Systematischer Kommentar, I, 224; RUDOLPHI, "Strafbarkeit der Beteiligung", 365.

autor de "un hecho socialmente intolerable"(68), otros encuentran el fundamento de la pena en que el partícipe al igual que el autor principal, también lesiona o pone en peligro el bien jurídico afectado sólo que de forma mediata, es decir, a través del hecho típicamente antijurídico realizado por el autor(69). La denominación que normalmente concede la doctrina al primer punto de vista es el de Unrechtsteilnahmetheorie (teoría de la participación en lo injusto)(70), en tanto que al segundo se le denomina teoría de la contribución en el ataque del bien jurídico (restriktive o modifizierte Verursachungstheorie)(71).

El punto de vista de la teoría de la participación en lo injusto (Unrechtsteilnahmetheorie), ha sido desarrollado

(68) Cfr. MELZEL, Strafrecht, 115. Véase además STRATENWERTH, "Der agent provocateur", 720. Destacando la doble variante de la Verursachungstheorie, PLATE, "Zur Strafbarkeit des agent provocateur", 297 s.; KUPER, "Der agent provocateur", 324 s.

(69) Cfr. los autores citados en la nota 67, y además PLATE, "Zur Strafbarkeit des agent provocateur", 297 s.; KUPER, "Der agent provocateur", 323 ss.; VOGLER, "Zur Frage der Ursächlichkeit", 299 s.

(70) Así lo denominan LUDERSSEN, Zum Strafgrund der Teilnahme, 49 ss.; SAMSON, en Systematischer Kommentar, I, 223. Por el contrario KUPER, "Der agent provocateur", 325, prefiere calificarla como extensive Verursachungstheorie. Debe advertirse que STRATENWERTH aun cuando ha modificado parcialmente el punto de vista sostenido en "Der agent provocateur", MDR, 1953, 720, y ahora en su Allgemeiner Teil, 243 s. parece acogerse al planteamiento de la opinión dominante (restrictive Verursachungstheorie) al aceptar que el partícipe lesiona el mismo bien jurídico que el autor, sólo que de forma mediata, continúa denominando a su teoría como Unrechtsteilnahmetheorie, pues "el instigador y el cómplice -escribe- contribuyen a la realización de lo injusto que efectúa el autor"(243).

(71) Como restrictive Verursachungstheorie, KUPER, "Der

modernamente por STRATENWERTH en un estudio precisamente so
bre el agente provocador, aunque el primitivo planteamiento
ha sido superado parcialmente por él mismo en ulteriores pu
blicaciones(72). Según STRATENWERTH el partícipe no infrin
ge de igual forma que el autor los preceptos de la parte es
pecial. Así indica: Quien instiga a otro a cometer un ase
sinato no contraviene directamente el precepto que prohíbe
matar a otro; "El fundamento de la pena -escribe- no puede
consistir en que el propio partícipe contravenga las prohi
biciones contenidas en la segunda parte del StGB, sino en
que incita a otro para que las infrinja o le auxilia para
lo mismo"; por ello el partícipe debe asumir las consecuen
cias que se derivan de su incitación o favorecimiento a un
hecho antijurídico socialmente intolerable(73). Esta con
clusión tiene, como se verá al analizar más detenidamente
esta teoría con relación al problema en concreto del agente
provocador, importantes consecuencias tanto sistemáticas co
mo prácticas. Desde este punto de vista bastará para hacer
responsable al partícipe, que su dolo sólo capte el desva
lor de la acción del hecho principal, no del resultado, pues
ya el desvalor de la acción comporta lo injusto penalmente
relevante de la tentativa, y al nacimiento del mismo ha con
tribuido el partícipe.

..... agent provocateur", 325 y 328; como modifizierter Ver
rursachungstheorie, SAMSON, en Systematischer Kommentar, I,
224.

(72) STRATENWERTH, "Der agent provocateur", 720 ss.; Véase
lo que se indica a propósito de este autor en la nota 70.

(73) STRATENWERTH, "Der agent provocateur", 720; EL MISMO,
AT, 243, si bien con las correcciones señaladas en la nota
70.

Para la segunda variante de la Verursachungstheorie, es decir, la Veursachungstheorie restrictiva, el fundamento de la pena en la participación se deriva, como se ha dicho, de que el partícipe lesiona o pone en peligro mediatamente el bien jurídico afectado por la conducta del autor. Consecuencia de ello es que para poder hablar de la presencia en el partícipe de una voluntad de lesión o peligro del bien jurídico, necesariamente debe captar su dolo, al igual que sucede con el autor, la consumación del hecho principal.

Una simple voluntad de tentativa no es dogmáticamente posible. Por este motivo para esta segunda variante, el dolo del partícipe necesariamente debe abarcar la consumación del hecho principal.

Tras estas indicaciones puede comprenderse cómo cada una de las teorías a las que se ha aludido, da una respuesta diferente al problema del agente provocador. Más adelante se hará un análisis detenido de todas estas cuestiones, a fin de no adelantar planteamientos que forzosamente deberán ser utilizados al tratar de la posible responsabilidad criminal del agente provocador que obra como partícipe.

III.- El forzar a delinquir y la inducción.

A.- El forzar a delinquir del art. 14 n. 2.

La interpretación del significado y valor que ha de darse al inciso primero del art. 14 número 2, debe realizarse, metodológicamente, tomando como referencia el resto de

los comportamientos criminales que juntamente con esta forma de participación comparten el proceder criminal.

Bajo este punto de vista ya se dijo anteriormente que entre las conductas referibles a ese inciso primero y los posibles casos de autoría mediata en los que el hombre que actúa desde atrás fuerza a otro a cometer un delito existe una incompatibilidad total. El comportamiento del autor mediato es, en atención a consideraciones de orden dogmático penal, directamente subsumible en el tipo de la parte especial; por el contrario para castigar a la persona que fuerza a otra a delinquir, es preciso acudir al primer inciso del n. 2 del art. 14. Por tanto, mientras el autor mediato realiza una conducta fundamentadora de lo injusto propio, el comportamiento de quien fuerza a otro a cometer un delito, referible al art. 14 n. 2, supone participar en lo injusto ajeno. Esto quiere decir que lo injusto de la conducta del que fuerza a otro a delinquir se deriva del hecho principal realizado por la persona del forzado.

De igual forma, cuando el grado de fuerza utilizado es de tal índole que la persona sobre la que se ejerce, se convierte materialmente en mero objeto privado de libertad resolutive y libertad de actuación, quien hace uso de la fuerza es autor inmediato sin más(74).

La doctrina penal española al interpretar el sentido que ha de darse a este inciso primero del art. 14 n. 2 fija

(74) Cfr. RODRIGUEZ MOURULLO, en Comentarios, I, 845 s.; GIMBERNAT, Autor y cómplice, 220 s.; QUINTERO OLIVARES, Los delitos especiales, 95. Véase además FERRER SAMA, Comentarios, II, 49 s.

la atención en el término "fuerza" al que toma en consideración con el valor semántico del sustantivo(75); por el contrario pienso que es más acertado valorar la palabra "fuerzan" -que es la utilizada por el Código- como forma verbal y analizarla dentro del contexto en el que aparece. Ello comporta el que los primeros reparen en los medios utilizados para el ejercicio de la fuerza -vis absoluta, vis compulsiva- cuando creo que lo correcto es poner la vista en los efectos producidos. De este modo el forzar a otro a cometer un delito significa tanto como sustraer a una persona su libertad resolutive, pero sin que quede anulada la libertad de actuación. Debe advertirse que esta interpretación está favorecida por el propio contexto en que aparece enmarcado el forzar a ejecutar un delito. El forzar aparece inmediatamente antes que la inducción; mientras la inducción supone hacer surgir en otro la resolución de cometer un delito, es decir, instalar en la voluntad de otra persona motivos para que ella misma se determine o no a delinquir, el forzar significa no dar opción a motivarse para adoptar una u otra resolución, pero no por ello queda eliminada la libertad de actuación.

En el plano sistemático hay que distinguir, por tanto, entre libertad resolutive o en la determinación, y libertad de actuación(76). Así pienso que son perfectamente recondu

(75) Cfr. GIMBERNAT, Autor y cómplice, 207; RODRIGUEZ MOURULLO, en Comentarios, I, 844 ss.

(76) En relación con la diferenciación sistemática entre libertad resolutive y libertad de actuación, véase Angel TORIO, "La estructura típica del delito de coacción" en Anuario, 1977, 29 ss. Cfr. además QUINTERO OLIVARES, Los delitos especiales, 96.

cibles al inciso primero del art. 14 n. 2, todos aquellos supuestos en los que debido a la presión física o psíquica que se ejerce sobre una persona, produce como efecto, cualquiera que sea el medio utilizado, la imposibilidad de motivarse por sí misma para tomar una resolución, pero sin que por ello quede anulada su libertad de actuación. Piénsese, por ejemplo, en supuestos tales como el del jefe de la banda de criminales, que si bien no realiza de propia mano el hecho, tampoco toma parte directa en la ejecución, ni es inductor, ni autor mediato... Sin embargo debido a su ascendiente, influencia, autoridad, etc, fuerza a otros a ejecutarlo, al estarles a éstos sustraída la posibilidad de tomar por ellos mismos una decisión, pero obran con plena libertad de actuación. Es decir, ni se le obliga materialmente al sujeto a ejecutar el delito, ni se le utiliza como mero instrumento, pero tampoco se le da opción a motivarse por sí mismo para formar una resolución, como sucede en la inducción, sino que debido a la presión física o psíquica que sobre él se ejerce, se le fuerza a delinquir. Se insiste en que no queda, sin embargo, anulada la libertad de actuación y por ello el forzado responderá, en buena parte de los casos, como autor plenamente responsable del delito(77). Debe advertirse que son perfectamente compatibles con el comportamiento penado en el primer inciso del art. 14 n. 2 los casos en que el forzado obra bajo miedo insuperable, pues de acuerdo con el principio de la accesoriad limitada, es bastante que la persona forzada realice el he

(77) Es más, para poder apreciar este inciso primero del art. 14 n. 2 necesariamente el forzado deberá actuar, por lo menos, de forma típicamente antijurídica, en virtud del principio de accesoriad limitada.

cho principal de forma típicamente antijurídica y no también culpable. En el supuesto de que el forzado lo sea mediando fuerza irresistible, al faltar la acción, no hay base alguna para hablar de participación en el hecho ajeno por parte de quien fuerza a delinquir. En tales supuestos habría que examinar si la conducta de quien ha forzado a otro a delinquir es directamente subsumible en el tipo, bien como autoría inmediata o autoría mediata.

El forzar del art. 14 n. 2 debe ser personal, es decir, producido por otra persona, no por las circunstancias o fenómenos naturales o acontecimientos externos involuntarios o de fuerza mayor. El motivo es obvio: el comportamiento de la persona que fuerza a otro a delinquir es el que se toma en consideración para remitirle al art. 14 nº 2. De igual modo hay que excluir del ámbito del inciso primero del art. 14 n. 2 aquellos supuestos en los que se crea intencionadamente una situación fáctica por virtud de la cual, en cierto modo, se fuerza a otro a delinquir. Estos casos tratados por la doctrina como supuestos de "ocasión para delinquir" deben ser remitidos a la inducción, pues en definitiva es el propio sujeto el que debido a las circunstancias se motiva para realizar o no el hecho. Allí se verá si se pueden considerar tales ocasiones para delinquir como un medio propio de la inducción.

Con referencia al tema del agente provocador este inciso primero del art. 14-2 tiene cierta trascendencia para aquellos casos -próximos por otra parte a la denominada Doctrine of entrapment del Derecho anglosajón(78)- en los que

(78) Véase lo que sobre ~~w~~sta doctrina se expone en la Introducción de este estudio.

la persona del provocado actúa bajo el ascendiente o influencia de un agente de policía que le fuerza a delinquir a fin de lograr su castigo.

Sin embargo el objeto de este estudio es el exámen de la posible responsabilidad del agente provocador, de ahí que los supuestos remitibles al inciso primero del n. 2 del art. 14 puedan ser estudiados al mismo tiempo que la inducción a delinquir.

B.- La inducción.

Inducir directamente a otro a ejecutar un delito significa hacer surgir la resolución criminal en otra persona. Es decir, introducir motivos en la voluntad ajena para que se decida a cometer un determinado delito(79). El medio a través del cual se realiza la captación ha de ser, por exigencia legal, directo, al contrario de lo que sucede en la provocación, donde la captación se realiza a través de un medio de indiscriminada proyección.

El inductor no realiza directamente las características del tipo, sino que es partícipe en el hecho ajeno desde el momento en que lesiona o pone en peligro el bien jurídico a través del hecho principal realizado por el autor. Tal cosa significa que lo injusto de la inducción tiene un carácter derivado, de ahí que sea necesario que el autor proceda, por lo menos, a realizar un hecho típicamente antiju-

(79) Así RODRIGUEZ DEVESA, Derecho penal español. Parte general, 685 "... la relación entre inductor e inducido, se verifica a través de la motivación, no mediante una genuina relación de causalidad".

rídico (accesoriedad limitada); una inducción no seguida de efecto, en principio, es impune(80). Consecuencia inmediata de ello es que la inducción carece de autonomía, al ser un precepto de referencia al que hay que poner en conexión con el hecho que realiza otra persona. No obstante el bien jurídico del hecho principal debe estar protegido también frente a los ataques del partícipe; así quien induce a sustraer una cosa perteneciente al propio inductor no podrá ser considerado partícipe al no estar, en principio, protegida la propiedad de las cosas muebles frente a los ataques de su propio dueño(81). Con referencia al problema del agente provocador ello significa que buena parte de los supuestos citados como ejemplos típicos, en los que un sujeto induce a otro a realizar una sustracción a fin de probar su fidelidad, no entran en el entorno de la posible responsabilidad del agente provocador, no ya porque medie un posible consentimiento del ofendido, sino porque falta todo indicio de desvalor con respecto a la conducta del supuesto agente provocador(82).

(80) En este sentido RODRIGUEZ DEvesa, Derecho penal español. Parte general, 635. No necesariamente el hecho se transforma en una provocación a delinquir del art. 4, pues entre la inducción del art. 14 n. 2 y la provocación a delinquir del art. 4 existen diferencias conceptuales y sistemáticas sustanciales. Cfr. no obstante RODRIGUEZ MOURULLO, en Comentarios, 1, 856.

(81) Cfr. LUDERSSEN, Zum Strafgrund der Teilnahme, 131 y 167; STRATENWERTH, AT, 244; SAMSON, en Systematischer Kommentar, I, 226.

(82) Supuestos de esta índole son remitidos al marco del consentimiento del ofendido, a fin de excluir la posible responsabilidad criminal del agente provocador, en KARGE, Der agent provocateur, 44 ss. Cfr. HEILBORN, Der agent provocateur, 169 ss.; JOHANNIEMANN, Die Strafbarkeit des Spitzels, 115 ss.

Desde el momento en que la inducción significa captar la voluntad ajena para que se determine a delinquir, no cabe inducir a uno que ya está decidido a cometer el delito en cuestión(83). Otra cosa sucede cuando el sujeto está resuelto a delinquir en general y se le determina a realizar un delito en concreto. Un supuesto diferente lo constituyen aquellos casos en los que al ya decidido a delinquir se le hace variar su primitiva resolución. La doctrina alemana a este respecto distingue según los diversos supuestos. Así cuando el autor está decidido a cometer un delito constitutivo de un tipo básico, y se le determina a que realice un tipo cualificado, el inductor responderá por el plus que se añade al tipo básico cuando las circunstancias que cualifican forman por sí mismas una infracción criminal autónoma(84); por ejemplo, si el sujeto está decidido a cometer un robo con violencia o intimidación en las personas (art. 501 n. 5) y se le persuade de la conveniencia de dar muerte a la víctima -como así sucede-, el inductor responderá, de acuerdo con este parecer, sólo por el delito de homicidio (art. 407), no por el complejo de robo con homicidio (art. 501 n. 1); por el contrario si las circunstancias que cualifican no integran por sí mismas un tipo autónomo,

(83) Cfr. RODRIGUEZ DEVESA, Derecho penal español. Parte general, 685. Algunos autores aceptan la posibilidad de que en estos casos quepa apreciar una complicidad psíquica. Véase a este respecto JESCHECK, AT, 561; RODRIGUEZ MOURULLO, en Comentarios, I, 848.

(84) Cfr. JESCHECK, AT, 560 s.; SAMSON, en Systematischer Kommentar, I, 234. Por su parte SCHÖNKE-SCHRÖDER-CRAMER, 361, aceptan, en todo caso, que cabe una complicidad psíquica.

se considera que no puede haber inducción por tratarse de un omnimodo facturus, sino a lo sumo complicidad psíquica (85). Del mismo modo, en opinión de SCHÖNKE-SCHRÖDER-CRAMER, cuando el inductor en vez de insertar una circunstancia culificativa, añade una que privilegia el tipo, no hay instigación, sino complicidad (psíquica o física)(86).

Este punto de vista puede sin embargo chocar con el principio de la accesoriedad y el carácter derivado de lo injusto en la participación. Volviendo al ejemplo primero, si el comportamiento del partícipe supone una contribución en el ataque al bien jurídico del hecho principal, difícilmente se puede hablar de una inducción a un homicidio del art. 407 cuando el hecho principal realizado por el autor es el complejo robo con homicidio (art. 501,1.). De igual modo lo injusto realizado por el autor es el correspondiente al robo con homicidio, y no al simple homicidio.

La cuestión de los medios a través de los cuales se realiza la inducción tiene cierta trascendencia con relación al tema del agente provocador. Se ha venido insistiendo en que el elemento conceptual presente en todo comportamiento del agente provocador es obrar sin voluntad de producir el desvalor de lo injusto del tipo afectado, sino persiguiendo

(85) Cfr. WELZEL, Strafrecht, 116, quien admite la posibilidad de una complicidad psíquica; SCHÖNKE-SCHRÖDER-CRAMER, Strafgesetzbuch, 361; STRATENWERTH, AT, 249; SAMSON, en Systematischer Kommentar, 234. De otra opinión al considerar que existe instigación al hecho nuevo, BAUMANN, AT, 576; MAURACH, AT, 687; WESSELS, AT, 103; Walter STREE, "Bestimmung eines Tatenschlossenen zur Tatänderung", en Festschrift für Ernst Heinitz, Berlin, 1972, 277 ss.

(86) SCHÖNKE-SCHRÖDER-CRAMER, Strafgesetzbuch, 361.

como objetivo inmediato que la persona del provocado se haga responsable criminalmente. Consecuencia inmediata de esta especial carencia volitiva son sus importantes efectos tanto en lo que respecta al injusto como al dolo, pero también tiene su reflejo en la forma de instrumentar la propia acción provocadora. Si el comportamiento del agente provocador viene caracterizado por la ausencia de voluntad de producir el desvalor de lo injusto, la forma de materializar su conducta provocadora no siempre será directa sino acudiendo a formas veladas. De ahí que sea frecuente que el agente provocador no haga surgir directamente -es decir, por un medio de captación directo- la resolución criminal en el provocado sino que se limitará a crear las circunstancias u ocasiones que "provoquen" en otro la decisión de cometer un delito. Por ello con independencia de aquellas conductas que captan de forma directa la voluntad de otra persona para que se determine a cometer un concreto delito, ahora interesa tener presente si la simple creación de una situación provocadora puede ser considerada como un medio propio de la inducción criminal.

Por de pronto estos supuestos no necesariamente deben ser remitidos a la provocación del art. 4, pues como se dijo el requisito que caracteriza a ésta es el medio a través del cual se realiza. Mientras en la inducción se requiere, por exigencia legal, un medio de captación directo, el de la provocación es genérico. No toda ocasión para delinquir ofrece esta última característica.

La doctrina, a este respecto, discrepa en torno a si cualquier procedimiento por el que se hace surgir en otro

la resolución criminal es válido para fundamentar la inducción. La opinión dominante -así WELZEL, JESCHECK, STRATENWERTH, SCHMIDHÄUSER y entre nosotros RODRIGUEZ DEVESA y RODRIGUEZ MOURULLO- exigen la presencia de un contacto o influjo psíquico(87). Por eso en el ejemplo en el que un tercero indica al marido que su mujer se encuentra en flagrante adulterio, lo que motiva que el marido dé muerte al amante de acuerdo con lo tramado y previsto por el tercero, en opinión de STRATENWERTH la conducta de éste no es constitutiva de la instigación por ausencia del influjo psíquico(88). De modo diferente piensa SAMSON quien cree que ya el hecho de la indicación por parte del tercero "influye, en todo caso, en la psique del autor principal"(89). De ahí que para SAMSON la particularidad de los casos críticos no consista en la ausencia del contacto psíquico, sino que han de ser remitidos al campo del riesgo permitido(90).

Por mi parte pienso que el problema de la determinación de los medios propios de la inducción está, en cierto modo, fijada legalmente en el Derecho español. El art. 14 n. 2, en su segundo inciso, exige que la inducción se realice directamente, lo que hay que interpretar en el sentido de que ha de hacerse surgir la resolución criminal por un medio de

(87) WELZEL, Strafrecht, 116; JESCHECK, AT, 559; STRATENWERTH, AT, 248; SCHMIDHÄUSER, AT, 553; RODRIGUEZ DEVESA, Derecho penal español. Parte general, 685; RODRIGUEZ MOURULLO, en Comentarios, I, 846.

(88) STRATENWERTH, AT, 248. Cfr. HEILBORN, Der agent provocateur, 68; DEUBERT, Der agent provocateur, 12.

(89) SAMSON, en Systematischer Kommentar, I, 234.

(90) SAMSON, en Systematischer Kommentar, I, 234.

captación directa. Por eso las formas veladas podrán ser remitidas bien a la provocación o delinquir del art. 4, si se realiza por un medio de captación genérico, o al auxilio (psíquico) necesario o no, o incluso a la autoría mediata.

Puede decirse, por ello, que la inducción debe ser portadora de un influjo psíquico, y que éste ha de producirse a través de un medio de captación directa. La posibilidad de una instigación por omisión, se ha negado por la doctrina al faltar el "impulso" que la caracteriza(91). Tales casos se remiten a la complicidad psíquica.

Un caso que se considera no excepcional en las actuaciones del agente provocador despertó la atención en la doctrina alemana: Una agente de policía se sitúa en la Plaza del mercado y coloca en su bolsa de la compra de forma bien visible y tentadora el billeteo a la espera de que alguien trate de sustraérselo y así detenerle inmediatamente(92). La discusión se centra en si la creación de una situación provocadora debe ser considerada como una instigación o como una complicidad psíquica, etc. KARGE, al dar solución al ejemplo citado, no duda en considerar la actuación de la policía como una instigación(93).

(91) Cfr. ROKIA, Täterschaft, 484; RUDOLPHI, en Systematischer Kommentar, I, 85.

(92) El ejemplo proviene de una sentencia de la jurisprudencia alemana (BGHSt. 4,199). Cfr. a este respecto, KARGE, Der agent provocateur, 27; PLATE, "Zur Strafbarkeit des agent provocateur", 294/295 n. 2.

(93) KARGE, Der agent provocateur, 27. Cfr. Günter WIDMAIER, "Der Missverständlich Bestechungsversuch", en JuS, 1970, 241 ss.

Por el contrario la opinión dominante niega de forma general que la simple creación de la situación provocadora pueda fundamentar una instigación por faltar el influjo psíquico(94). WELZEL, a lo sumo lo que acepta es la posibilidad de una complicidad psíquica(95).

Por mi parte pienso que la discusión de este caso, como el de otros semejantes que se consideran propios del agente provocador, es puramente teórica, y en cierto modo absurda, pues no existe base dogmática alguna para preguntarse si la conducta de la policía es constitutiva de una u otra forma de participación criminal. La agente de policía no puede atacar su propio derecho de propiedad. Por eso es ocioso preguntarse si el comportamiento provocador de la policía ha de ser considerado como una inducción o un auxilio, etc. -o incluso si media un posible consentimiento- pues lo injusto de la participación exige como presupuesto, según se dijo, que el bien jurídico esté también protegido frente a los ataques del propio partícipe(96).

(94) Así WELZEL, Strafrecht, 116; NAURACH, Tratado, II, 372; JESCHKECH, AT, 559; STRATENWERTH, AT, 248; SCHMIDHÄUSER, AT, 554. Cfr. PLATE, "Zur Strafbarkeit des agent provocateur", 294/295 n. 2; HEILBORN, Der agent provocateur, 68 y 72; JOHANNEMANN, Die Strafbarkeit des Spitzels, 18 y 62; GRAVEN, "Le probleme de l'agent provocateur", 234.

(95) WELZEL, Strafrecht, 116.

(96) Así lo entiende también JOHANNES, Mittelbare Täterschaft, 56, n. 157 quien escribe "(...) sin duda que despierta la resolución, pero no obstante no puede ser castigado por instigación al hurto, pues sólo ha provocado la lesión de su propiedad". En el mismo sentido PLATE "Zur Strafbarkeit des agent provocateur" 295 n. 2 y 308 n. 46. Distinto es el su puesto citado por HEILBORN (Der agent provocateur 108), donde un agente de policía retira de una vivienda ajena el perro guardián y se coloca él mismo en su lugar.

Otro tanto hay que decir del supuesto citado por KARGE en el que A advierte con sorpresa cómo todos los días le de saparece del buzón de su casa el periódico. Con el fin de desenmascarar al ladrón, una mañana deja intencionadamente un periódico en el buzón y espera al acecho para denunciarle(97). En opinión de KARGE la acción de A no puede ser calificada de instigación, pues su comportamiento no hace surgir la resolución criminal en el ladrón al tratarse de un omnimodo facturus, sino que el hecho ha de ser calificado como de complicidad psíquica(98). De nuevo hay que decir que la discusión parece ociosa al no existir fundamento alguno para plantearnos si el comportamiento de A integra una u otra forma de participación criminal, al no poder le sionar o poner en peligro su propio derecho de propiedad sobre el periódico.

En conclusión: de acuerdo con nuestro derecho positivo, los casos en los que se crea intencionadamente una situación provocadora deben ser tratados de forma diferenciada. Cuando tal ocasión para delinquir supone un influjo psíquico producido a través de un medio de captación directo, no hay

(97) KARGE, Der agent provocateur, 28. Un ejemplo semejante en donde el periódico es sustituido por el pan, en JOHANNES, Mittelbare Täterschaft, 56 n. 157, aunque de modo diferente a KARGE, rechaza ya de principio la posibilidad de preguntarse si constituye una u otra forma de participación al no obrar el sujeto de forma antijurídica. Por eso, con razón, piensa que son erróneas las opiniones que tratan de resolver el problema del agente provocador en el marco del dolo. Otro tanto hay que decir de las cartas de cebo, siempre que se tengan un derecho de disposición. Distinto será cuando no sucede esto último; así en el ejemplo citado por JOHANNES donde un agente de policía incita a otra persona a cometer actos homosexuales.

(98) KARGE, Der agent provocateur, 28.

inconveniente alguno en aceptar la existencia de una inducción si se traduce en la realización de un hecho principal. En otro caso, y fuera de los supuestos críticos que han de ser remitidos al marco del riesgo permitido, el hecho puede ser considerado como una provocación a delinquir del art. 4, si se pretende captar la voluntad ajena, para que se determine a delinquir, a través de un medio genérico e indiscriminado. Por fin, tampoco puede descartarse la posibilidad de que la ocasión para delinquir suponga un auxilio (psíquico) necesario o no, o incluso una autoría mediata.

Por lo que respecta a los problemas referentes al dolo del inductor, la doctrina, casi con absoluta generalidad, considera que es en el marco de esta cuestión donde debe darse tratamiento al tema del agente provocador que obra a título de inductor(99). Mi opinión ha sido expuesta en repetidas ocasiones: el problema del agente provocador no guarda tanta relación con la presencia o ausencia del dolo requerido por la inducción, como con la falta de los presupuestos necesarios para fundamentar un comportamiento típicamente antijurídico al no contribuir, de modo efectivo, a la lesión o peligro del bien jurídico. En las páginas que siguen se hará un análisis detallado de todas estas cuestiones.

Frecuentemente la doctrina penal habla de un Doppelvorsatz al tratar del dolo del inductor, queriendo con ello

(99) Cfr. por todos SCHÖNKE-SCHRÖDER-CRAMER, Strafgesetzbuch, 353; "Falta el dolo en el instigador cuando éste no quiere la consumación del hecho principal, sino sólo su tentativa. Por ello el llamado agente provocador no puede ser castigado".

significar que debe captar tanto el hacer surgir la resolución criminal en el inducido, así como la plena realización por éste del hecho principal(100). Ya se ha dicho anteriormente que el valor que ha de darse al doble dolo es el de que éste, sin perder su carácter unitario, ha de abarcar diferentes aspectos. De ahí que, en puridad, el dolo no es doble, sino que la categoría que en el sistema del Derecho penal se considera que forma el dolo, en la inducción debe tener una plural referencia.

Bajo este punto de vista el inductor debe tener conocimiento y voluntad de hacer surgir en otra persona la decisión de cometer un determinado delito, o lo que es lo mismo, quiere y sabe que está instalando motivos en la voluntad ajena para que se resuelva a efectuar un hecho criminal. De ahí que sea preciso tanto un cierto grado de concreción con respecto a la persona del inducido como con respecto al propio hecho principal, el cual debe captar al menos en sus rasgos esenciales(101).

Por otro lado, en atención a consideraciones de orden sistemático y funcional que se expondrán más adelante, el dolo del inductor también debe captar la plena lesión del bien jurídico, y por ello mismo la consumación del hecho

(100) Aceptan el Doppelvorsatz, entre otros, BAUMANN, AT, 577; JESCHECK, AT, 560; LACKNER, Strafgesetzbuch, 124 s.; LETZGUS, Vorstufen, 22 s. Por el contrario, con razón, SCHMIDHAUSER, AT, 557 n. 9, advierte que "doble no es el dolo, sino el resultado al que va referida la dolosidad". Véase además SAMSON, en Systematischer Kommentar, I, 231: "No existe un doble dolo..."; RODRIGUEZ MOURULLO, en Comentarios, I, 348 y 352.

(101) Cfr. RODRIGUEZ DEVESA, Derecho penal español. Parte general, 685; SAMSON, en Systematischer Kommentar, I, 235.

principal. Una simple voluntad de tentativa (dolo de tentativa) es inconcebible, también en la participación, en la sistemática del Derecho penal.

IV.- La inducción y el agente provocador.

Los dos supuestos contenidos en el art. 14 n. 2 -el forzar o inducir directamente a otro a ejecutar un delito- pueden ser contemplados conjuntamente en el análisis que a continuación se emprende sobre sus relaciones con el problema del agente provocador. Salvo las diferencias existentes en cuanto a la forma de motivar la conducta que realiza el autor principal, los principios dogmático penales por los que se rigen son idénticos.

Según se ha venido indicando repetidamente en este estudio, la doctrina penal casi con unanimidad considera que propiamente los casos de agente provocador que guardan relación con la inducción son aquellos en los que el inductor solamente quiere que el hecho del autor progrese hasta la tentativa(102); en consecuencia, se dice, el dolo del agente provocador, que obra a título de inductor, nada más abarca la tentativa, no así la consumación del hecho principal. Por ello se hace del dolo exigido por la inducción el punto sobre el que se centra la totalidad de la discusión en torno a si debe o no ser castigado el agente provocador.

(102) Cfr. por todos LETZGUS, Vorstufen, 25 s., quien advierte que no hay que confundir al agente provocador, que le caracteriza no querer más que la tentativa del hecho principal, con la instigación en un hecho que sólo progresa hasta la tentativa.

Como hipótesis de trabajo y con el objeto de analizar las distintas teorías que tratan de dar respuesta al problema del agente provocador, se puede partir de este planteamiento, aunque como ya se tuvo ocasión de ver, el presupuesto sobre el que se asienta tal parecer adolece de graves errores de sistema. Este planteamiento desconoce que la voluntad de tentativa comporta ya la voluntad de consumación al ser idéntica, en uno y otro caso, la dirección volitiva con respecto a la lesión del bien jurídico. Como se tendrá ocasión de ver inmediatamente, también el partícipe -al igual que el autor- debe querer, para poder hablar de voluntad de tentativa, la consumación del hecho principal. La relación funcional existente entre tipo de delito, participación criminal y tentativa, obliga a llegar a esa conclusión; en consecuencia, una simple voluntad de tentativa, tanto en el autor como también en el partícipe, es un contrasentido. No se puede comprender por ello cómo insistentemente la doctrina puede decir que lo característico del agente provocador es que posee una simple voluntad de tentativa (dolo de tentativa), no de consumación. Quienes así razonan en realidad están pensando en los supuestos en los que el agente provocador trata de intervenir oportunamente, una vez desarrollada su conducta inductora, para evitar que el hecho progrese hasta la consumación, o ya desde un principio tal consumación es imposible por inidoneidad del medio, ausencia del objeto material, etc.(103). Pero en

(103) Así PLATE, ("Zur Strafbarkeit des agent provocateur", 294), al indicar que en la doctrina jurídico penal se califica de agente provocador a quien instiga a otro a cometer una acción punible para detenerle tras el comienzo de la ejecución de la misma y ponerle a disposición de los

tales casos sólo de forma muy forzada, y desde luego sin base dogmática alguna, puede decirse que el agente provocador que obra como inductor sólo quiere la tentativa del hecho principal; o lo que es lo mismo, obra con dolo de tentativa, no de consumación. Si el agente provocador no quiere la consumación por el mismo motivo tampoco podrá querer la tentativa, al requerirse, tanto en uno como en otro caso, la misma orientación volitiva con respecto al bien jurídico.

Por ello el presupuesto del que se ha partido en estas páginas es que el agente provocador no quiere la tentativa, ni por ello la consumación, sino que interviene en la realización de un hecho criminal, sin voluntad de producir el desvalor de lo injusto del tipo afectado, persiguiendo como objetivo inmediato que otro copartícipe se haga responsable criminalmente. Parece que de acuerdo con este planteamiento conceptual, esa carencia volitiva en el agente provocador

..... Organos criminales. Sin embargo, continúa, en sentido amplio también se califica de agente provocador al cómplice que sólo de forma aparente presta ayuda al autor principal, especialmente mediante el suministro de un medio inidóneo. Cfr. además, HEILBORN, Der agent provocateur, 87, quien escribe que el agente provocador frecuentemente está resuelto a evitar el resultado; JOHANNIEMANN, Die Strafbarkeit des Spitzels, 40. De igual modo el art. 46 II del Código penal griego de 17 de agosto de 1950 concibe en semejantes términos el comportamiento del agente provocador: "Será castigado con la pena señalada al autor rebajada en su mitad, quien dolosamente hace surgir en otro la resolución de cometer un delito con el único fin de sorprenderle en la tentativa o durante la realización de un acto preparatorio punible y con la voluntad de impedir que se llegue a la consumación". Cfr. a este respecto, Anna BENAKIS, Täterschaft und Teilnahme nach deutschem und griechischem Strafrecht, Bonn, 1961, 132; Jean ZISSIADES, "L'orientation moderne des notions d'auteur de l'infraction et de participation", en Rev. Int. Droit, pén., 1957, 185 s.

no necesariamente, ni en todo caso, deberá conducir a su im punidad. Más bien habrá que valorar si su comportamiento supone una contribución efectiva a la lesión o puesta en pe ligro del bien jurídico; es decir, si actúa de forma típi- camente antijurídica, previamente a cualquier otra conside- ración sobre un momento volitivo que la doctrina penal, en atención a consideraciones de orden sistemático, centra en el dolo. En qué casos el agente provocador actúa de forma típicamente antijurídica y cuando no, es algo que no se pue- de contestar de forma generalizada. Solamente tras haber comprobado que su comportamiento es típicamente antijurídi- co se podrá después, de acuerdo con la teoría que considera al dolo y la culpa como formas de la culpabilidad, atribuir el hecho a título de dolo o en su caso de culpa(104). En conclusión, el problema del agente provocador, también cuan- do actúa como inductor, es fundamentalmente de antijuricidad y no de dolo, como piensa la opinión dominante.

Por otro lado, tras estas indicaciones se puede compren- der que es preciso desvincular del entorno del agente provo- cador aquellos supuestos en los que éste, desde un princi- pio, quiere la consumación del delito, aunque obre movido por el objetivo que conceptualmente caracteriza al agente provocador, es decir, lograr que la persona del inducido se

(104) Con las correspondientes correcciones sistemáticas, las teorías que consideran que el dolo forma parte del tipo de lo injusto de los delitos dolosos, algo semejante debe- rán hacer, pues la inclusión del dolo en el tipo subjetivo no afecta a la comprobación -sin duda que con carácter pre vio en el plano fáctico- de si el comportamiento del agente provocador fundamenta el tipo objetivo correspondiente. Cfr. PLATE, "Zur Strafbarkeit des agent provocateur", 313 n. 64.

haga responsable criminalmente. De forma incomprensible algún actor doctrinal considera que tales supuestos son de agente provocador al creer que el simple objetivo que anima su proceder -obtener el castigo del inducido- es lo que le caracteriza(105). La verdad es que no hay fundamento alguno para excluir del régimen general estos casos en los que se quiere la consumación del hecho principal, cualquiera que sea el objetivo perseguido por quien hace surgir la resolución criminal en otra persona. Cosa diferente es, claro está, que en contra de lo previsto y querido por el agente provocador sobrevenga la consumación del delito.

A.- La teoría de la participación en la culpabilidad ajena (Schuldteilnahmetheorie) y el agente provocador.

Es evidente que la teoría que encontrase el fundamento de la pena en la inducción en el mero hecho de seducir o corromper al autor, debería hacer responsable, sin más, al agente provocador que obra como inductor, ya que para lograr el objetivo que anima su proceder -la ~~la~~ punición del autor- necesariamente debe hacer surgir la resolución criminal en la persona del provocado(106).

(105) Cfr. LISTZ, Lehrbuch, 218; HIPPEL, Deutsches Strafrecht, II, 464; BAUMANN, AT, 578; MAURACH, Tratado, II, 372; KARGE, Der agent provocateur, 17 y 35; MEZGER, Tratado, II, 328. Con razón críticamente, TRECHSEL, Der Strafgrund der Teilnahme, 93, quien indica: "Por de pronto no puede hablarse de agente provocador cuando el instigador tiene exclusivamente la intención de denunciar al autor a la policía, tras la consumación del hecho principal". Véase además RODRIGUEZ DEVESA, Derecho penal español, Parte general, 687.

(106) Cfr. KARGE, Der agent provocateur, 20 ss. (22). Consideran punible, sin más, al agente provocador que sólo quiere que se alcance la tentativa, KÜHLER, Strafrecht, 500; GERLAND, AT, 150

Sin embargo, lo cierto es que no se corresponde este planteamiento con el actual pensamiento de la Schuldteilnahmetheorie. Por ello sorprende que H. MAYER durante algún tiempo sostuviese un punto de vista con respecto al agente provocador que guarda una gran conexión con esa forma tan simplificadora de analizar el problema, al operar con un planteamiento extremo de la corrupción. Así indica: Si de acuerdo con el punto de vista correcto, el instigador responde porque lleva al autor a incurrir en culpabilidad, el agente provocador en todo caso deberá ser objeto de una sanción penal, y otro tanto hay que decir del cómplice sin cuya contribución no se hubiera llegado a la tentativa(107); y más adelante añade, al analizar el comportamiento del agente provocador con respecto al anterior párrafo 49 a y al párrafo III del StGB alemán, que el agente provocador cuya conducta es subsumible en alguno de estos párrafos deberá ser castigado como consecuencia del ataque a la disposición anímica del requerido de observar el derecho(108).

Bien es cierto que el propio H. MAYER rectificaría en posteriores publicaciones, y ahora considera, al igual que la opinión dominante, que el agente provocador no puede ser castigado como inductor cuando solamente quiere la tentativa del hecho principal, pues "la participación exige voluntad de resultado"(109). Por eso TRECHTEL, quien opera con un planteamiento próximo al de las teorías de la corrupción,

(107) H. MAYER, Strafrecht (1953), 336; Cfr. EL MISMO, "Täterschaft", 254 s.

(108) H. MAYER, Strafrecht (1953), 342.

(109) H. MAYER, Strafrecht (1967), 163.

aunque con las correcciones que comporta su tesis de la desintegración social, expresamente escribe: "Justamente la conjunción del ataque al hecho principal y al autor principal, caracteriza a la instigación"; de ahí que el simple ataque a la persona del instigado, no pueda ser suficiente para justificar el castigo del instigador(110). Consecuentemente la Schuldteilnahmelehre -añade- no puede fundamentar por este simple hecho el castigo del agente provocador. De ahí que TRECHSEL se sume al parecer de MEZGER, quien indica que cuando el instigador no quiere el resultado del hecho principal, carece del dolo exigido por la instigación(111).

En definitiva, con la actual versión de las teorías que valoran el pensamiento de la corrupción como fundamento de pena en la inducción, se llega a unos resultados prácticos semejantes a los de la opinión dominante. No obstante, en el planteamiento de BORCHERT o LOEWENHEIM puede encontrarse un antecedente que se corresponde con el pensamiento de la corrupción en su formulación más extrema. Por eso ambos autores consideran que el comportamiento del agente provocador es punible en todo caso. Brevemente se pasa a examinar el punto de vista de estos dos autores.

Para BORCHERT la instigación no requiere más que el instigador haya hecho surgir en el instigado la voluntad de realizar una acción punible; por ello el dolo del instigador, en opinión de este autor, no necesariamente debe estar dirigido a la consumación del hecho principal(112). Así

(110) TRECHSEL, Der Strafgrund der Teilnahme, 101.

(111) TRECHSEL, Der Strafgrund der Teilnahme, 98. Cfr. MEZGER, Tratado, II, 328.

(112) Theodor BORCHERT, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Handlungen Dritter, insbesondere die Teilnahme....

escribe: "No se exige que el propio instigador haya proyectado la realización consumada del delito o falta", pues no es necesario que obre con el mismo dolo que la ley presupone en el autor(113). Por ello cuando el instigador sólo ha previsto la realización de una tentativa, esperando poder intervenir a tiempo para que el hecho no progrese hasta la consumación, o cuando sin su intervención el hecho no se consuma, como consecuencia de las circunstancias concurrentes -caso del agente provocador- el instigador responde de lo realizado por el instigado(114).

En una línea de pensamiento semejante hay que situar la opinión de LOEWENHEIM cuando indica que la instigación es determinación dolosa al delito, es decir, la actividad a través de la cual se hace surgir en el instigado la resolución para ejecutar el delito(115). De ahí que para LOEWENHEIM el hacer surgir la resolución criminal representa el único y exclusivo resultado de la instigación, en tanto que "la existencia de una acción punible por parte del provocado

..... am Verbrechen und die mittelbare Täterschaft, Berlín, 1888, 57. Cfr. HEPP, "Zweiter Beitrag", 305 ss., quien también considera responsable al agente provocador "a causa de tal perversidad".

(113) BORCHERT, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit, 55 s.

(114) BORCHERT, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit, 56. No obstante existe cierta contradicción con lo que indica en páginas 68 y 76, donde parece aceptar que el resultado de la instigación es el hecho principal. Cfr. KATZENSTEIN, "Der agent provocateur", 402; KORN, Der Vorsatz des Anstifters, 21, resaltando la discrepancia.

(115) Kurt LOEWENHEIM, Der Vorsatz des Anstifters nach geltendem Recht, Breslau, 1897, 20.

aparece como condición de punibilidad"(116). Consecuentemente el dolo del instigador debe estar dirigido al mero hecho de hacer surgir la resolución criminal, no al resultado del hecho principal(117). Por ello puede afirmar que "no hay duda alguna de que el llamado agente provocador debe ser castigado como instigador por la acción punible realizada por el instigado, (...) tanto si ha querido o no la consumación"(118). En consecuencia, para este punto de vista, el fundamento de la pena en la instigación consiste en el hecho de hacer surgir la decisión criminal; por eso el dolo del instigador es suficiente que esté dirigido a determinar a otro a cometer un delito, en tanto que la realización del hecho principal aparece como simple condición de punibilidad.

De igual modo guarda cierta relación con el pensamiento de la corrupción el punto de vista sostenido generalmente por la doctrina italiana con respecto al agente provocador que sólo quiere la tentativa del hecho principal. El aforismo quia peccat in se et alium peccare facit, del Derecho penal italiano de las postrimerías de la Edad Media, parece pervivir en la mente de los autores italianos. En este sentido MALINVERNI argumenta, en contra de la tesis que

(116) LOEWENHEIM, Der Vorsatz, 36 y 49. Contra KATZENSTEIN, "Der agent provocateur", 415 ss.; KORN, Der Vorsatz, 15 ss. (16), quien, correctamente, considera que el hecho principal es elemento constitutivo de la instigación. Cfr. además, SINGEWALD, Der agent provocateur, 99 s.; KOSTERLITZ, L'agent provocateur, 12; JOHANNIEMANN, Die Strafbarkeit des Spitzels, 70.

(117) LOEWENHEIM, Der Vorsatz, 60.

(118) LOEWENHEIM, Der Vorsatz, 51. Cfr. además, SCHULTZ, Einführung in den Allgemeinen Teil, 248; EL MISMO, "Täterschaft und Teilnahme", 275, n 1.

exige para castigar al instigador que su dolo abarque la consumación del hecho principal, del siguiente modo: "Querer que el copartícipe quiera un evento criminal y obrar a fin de que su deliberación volitiva se traduzca en una actividad punible, equivale a querer la actividad misma"(119). Es decir, el agente provocador quiere aquello que hace querer al provocado por lo que si el hecho principal alcanza el estadio de la tentativa, será responsable a título de inductor de ésta, y así con los diferentes grados de progresión delictiva. Por eso IMPALLOMENI puede decir que "la punibilidad del instigador no es por aquello que se propone, sino por lo que hace ejecutar"(120). De igual modo CALIFANO piensa que si el agente provocador para obtener el objetivo que anima su proceder -la punición del provocado- necesaria

(119) MALINVERNI, "L'agente provocatore", en JUS (Milano), 270. Cfr. además MALINVERNI, "Agente provocatore", en Nov. Dig. Ital., 1957, 398; GALLI, "La responsabilità", col. 786: "... sólo en apariencia el agente provocador no quiere la consumación, puesto que, en sustancia, su voluntad está dirigida propiamente a la misma"; DELL'ANDRO, "Agente provocatore", 867 s.; "El dolo (genérico) del agente provocador (...) consiste en querer que el provocado realice una conducta punible: por tanto es irrelevante a fines constitutivos, que el mismo provocador obre movido por la intención de que no se realice la consumación o incluso con la intención de impedir por sí mismo la consumación del delito. El objeto del dolo genérico del provocador no es, por tanto, la sola actividad exterior que será realizada por el provocado (ya sea de tentativa o de consumación), sino la voluntad del provocado (dirigida siempre a la consumación) manifestada en actos exteriores adecuados para realizar esta voluntad". Este dolo genérico, le contrapone al dolo específico del agente provocador que consistiría en querer el castigo del provocado (865 s). Así concluye"... no puede, por consiguiente, el agente provocador poseer el dolo específico (punición del provocado), sin poseer dicho dolo genérico"(867).

(120) GIOVAN Battista IMPALLOMENI, Istituzioni di diritto penale, I, Torino, 1911, 384.

mente debe lograr que éste proceda acometer una infracción criminal, la falta de voluntad de resultado debe considerar se una reserva mental sin relevancia jurídica, pues con su conducta el agente provocador ha determinado al provocado a realizar un hecho punible consumado(121). Y así añade: si el agente provocador quiere que se realice la tentativa, "el hecho cometido es siempre referible también a la conducta del agente provocador"(122).

Por último SALAMA, insiste en la idea de que "querer contribuir a formar la voluntad de consumación por parte del provocado, es equivalente a querer la consumación misma"(123); por eso el agente provocador, una vez que instrumenta su actividad provocadora, necesariamente tiene voluntad de consumir el delito a través del ejecutor(124).

(121) CALIFANO, L'agente provocatore, 64.

(122) CALIFANO, L'agente provocatore, 64.

(123) SALAMA, L'agente provocatore, 101.

(124) SALAMA, L'agente provocatore, 100. Cfr. von BAR, Ge-
setz und Schuld, II, 643 ss., quien apela al carácter indi-
visible del dolo del instigador al entender que si hace sur
gir la resolución criminal, necesariamente debe querer el
resultado del hecho principal. Contra KARGE, Der agent pro-
vocateur, 26 quien señala que v. BAR no tiene en cuenta la
estructura (Doppel Vorsatz) del dolo del instigador.

B.- La teoría de la participación en lo injusto ajeno
(Unrechtsteilnahmetheorie) y el agente provocador.

Por otra vía distinta discurre el pensamiento de HEILBORN y si bien llega, de igual forma, al resultado de que el agente provocador debe ser castigado cuando sólo quiere la tentativa del hecho principal, ello no es debido a la corrupción operada en la persona del provocado, sino a la particular forma de concebir este autor la instigación y el dolo del instigador.

Para HEILBORN -y lo mismo hay que decir de DEUBERT, BEKZADIAN, y en cierto modo KOSTERLITZ, debido a la similitud de pensamiento- el hecho principal realizado por el instigado, no es simple condición de punibilidad, sino elemento integrante de la propia instigación(125). Consecuentemente el dolo del instigador debe ir referido al hecho principal. Pero en opinión de HEILBORN no de forma necesaria el dolo del instigador debe captar la consumación, sino que es suficiente que quiera un principio de ejecución por parte del autor(126).

La tesis sostenida por HEILBORN parte de las siguientes premisas: en primer término establece una neta diferenciación entre el comportamiento del inductor y el del autor.

(125) HEILBORN, Der agent provocateur, 58 ss.; DEUBERT, Der agent provocateur, 22 ss.; BEKZADIAN, Der agent provocateur, 100 ss.; KOSTERLITZ, L'agent provocateur, 21 ss.;

(126) HEILBORN, Der agent provocateur, 88. Cfr. además V. BAR, Gesetz und Schuld, II, 621 ss. y 644.

Así indica -con un argumento que después utilizaría STRATENWERT(127)- : "La amenaza penal dirigida contra el autor solamente puede hacerse valer contra él, no contra el instigador; pues éste no hace lo mismo que tiene que hacer el autor"(128). Consecuentemente, "el instigador ha hecho todo lo que tiene y puede hacer con suscitar la resolución, pues el ulterior resultado no depende de él, sino de la voluntad de otra persona"(129). Por eso el instigador no sólo hace algo distinto al autor, sino que también quiere algo distinto, "o cuando menos -matiza HEILBORN-, no tiene que querer lo mismo"(130). En segundo lugar, HEILBORN concibe a la instigación como un "delito de resultado", queriendo con ello significar que si bien la acción del instigador consiste en hacer surgir la resolución criminal en otra persona, lo cual constituye el primer resultado, a este hecho hay que añadir un segundo resultado que consiste en la realización de la acción punible por parte del instigado(131). Por consiguiente "hay que aceptar -escribe HEILBORN- que el instigador debe dar entrada también en su dolo a ese proceder. No sólo quiere la resolución, sino una actividad; tiene que quererla. Pero no más; no el resultado producido mediante esa actividad"(132).

(127) Cfr. STRATENWERTH, "Der agent provocateur", 720.

(128) HEILBORN, Der agent provocateur, 81.

(129) HEILBORN, Der agent provocateur, 82 s.

(130) HEILBORN, Der agent provocateur, 85.

(131) HEILBORN, Der agent provocateur, 82 y 87.

(132) HEILBORN, Der agent provocateur, 87.

Es decir, en opinión de HEILBORN solamente el principio de ejecución que realiza el autor, no necesariamente la consumación, debe ser captado por el dolo del instigador.

Para argumentar a favor de esta conclusión acude a una idea sostenida ya por MERKEL cuando este autor indica que "el castigo de la instigación comienza con la ejecución del delito por el autor (...) y se intensifica cuando progresa dicha ejecución"(133). De este pensamiento quiere deducir HEILBORN que solamente el comienzo de ejecución, no su consumación, debe ser captado por el instigador. Así agrega: Si el autor consume o sólo intenta el hecho, tiene sentido para la medición de la pena, no para el castigo del instigador que ya se fundamenta con el comienzo de una actividad por parte del autor principal(134). Es decir, si para castigar al instigador es suficiente que el autor de principio a la ejecución del delito, HEILBORN considera bastante que el dolo del instigador capte ese comienzo de la acción principal, no también su consumación. Por ello concluye su teoría indicando que el "ulterior resultado de la instigación ciertamente coincide temporalmente con el resultado de la acción del autor. Pero sólo su comienzo pertenece necesariamente al tipo de la instigación; y ello no porque conceptualmente constituya la esencia de la instigación, sino porque ella misma es un delito de resultado. El resultado consiste en que el autor actúe, no en que consume. Consecuentemente el instigador debe querer el actuar del autor,

(133) MERKEL, Derecho penal, 211.

(134) HEILBORN, Der agent provocateur, 94.

no la consumación de su acción"(135).

Este planteamiento trasladado al problema en concreto del agente provocador trae como consecuencia el que necesariamente HEILBORN le considere punible cuando obra como instigador aunque su dolo sólo capte la realización de una tentativa por parte del autor(136). Pero en modo alguno HEILBORN cree que el agente provocador debe ser castigado en todo caso, como frecuentemente se encuentra reseñado en la doctrina(137); por el contrario HEILBORN se limita a precisar que el agente provocador que obra como inductor y nada más quiere la tentativa del hecho principal, sino con

(135) HEILBORN, Der agent provocateur, 88. En igual sentido DEUBERT, Der agent provocateur, 22 ss.: "El dolo del instigador debe estar dirigido a la comisión del hecho a través del instigado. Por ello el agente provocador tiene el dolo propio del instigador cuando quiere que el provocado proceda a la comisión del hecho"(26). BEKZADIAN, Der agent provocateur, 98 ss.: "El resultado de la instigación consiste en que el autor actúe no en que consume. De ahí que sólo el actuar del autor necesita que sea abarcado por el dolo del instigador. Ciertamente que su dolo debe estar dirigido a que el autor quiera la consumación de su hecho; sin embargo él mismo no tiene que querer la consumación"(109); KOSTERLITZ, L'agent provocateur, 23: "Según nuestro criterio el resultado de la instigación consiste en que el instigado, con dolo de consumir el delito, cometa la acción punible, es decir, que la haya intentado o consumado". No obstante reconoce que "el dolo del instigador tiene el mismo contenido que el del autor, ambos deben estar dirigidos a la consumación del hecho principal, solamente que con la diferencia de que el autor quiere la consumación del hecho por voluntad propia, en tanto que el instigador la consumación la quiere a través del hacer surgir la resolución criminal en el autor"(22). Por eso cuando el agente provocador piensa intervenir para evitar la consumación "es tan grande el peligro de consumación" que la simple intención del agente provocador de evitar el resultado no es suficiente para excluir el tipo de la instigación(22).

(136) HEILBORN, Der agent provocateur, 92 s y 99.

(137) Cfr. JESCHECK, AT, 560 n.15.; LETZGUS, Vorstufen, 24 n.16

curre alguna circunstancia que eventualmente excluye su antijuricidad o culpabilidad (consentimiento del ofendido... falta de conciencia de la antijuricidad), deberá ser castigado como instigador(138). De igual modo si el agente provocador sólo quiere la consumación formal del delito, o induce a realizar un delito puro de tentativa, o actúa con la intención de intervenir para impedir la consumación pero no llega a evitar el resultado, deberá ser castigado como instigador de un delito consumado(139).

Más recientemente JESCHECK y STRATENWERTH, han sostenido un punto de vista -hoy abandonado y parcialmente superado por ellos mismos- que guarda una gran conexión con el planteamiento de HEILBORN. JESCHECK en la primera edición de su Lehrbuch, discrepa de la opinión dominante y en base a la Verursachungstheorie considera que el agente provocador que actúa a título de instigador y sólo aspira a que se produzca la tentativa del hecho principal, debe ser castigado, pues, "la tentativa, en cuanto está conminada con una pena, constituye, al igual que la consumación, una acción punible, y el instigador, en todo caso, quiere que se llegue hasta la tentativa"(140). Por eso el dolo del instigador

(138) HEILBORN, Der agent provocateur, 89 ss y 188.

(139) HEILBORN, Der agent provocateur, 90 ss. Críticamente SINGEWALD, Der agent provocateur, 100 ss.; KORN, Der Vorsatz, 23 ss.; JOHANNIEMANN, Die Strafbarkeit des Spitzels, 71 ss. quien llega a calificar la tesis de Heilborn como "construcción ad hoc" (72), para dar respuesta al problema del agente provocador.

(140) JESCHECK, AT, 1ª ed, Berlin, 1969, 457. Cfr. las modificaciones introducidas a partir de la segunda edición de su Lehrbuch, AT, 2ª ed., (1972), 522; AT, 3ª ed.(1978), 560.

que obra como agente provocador es jurídico penalmente relevante cuando solamente capta la tentativa del hecho principal.

El punto de vista de STRATENWERTH se inserta plenamente en el pensamiento de la Unrechtsteilnahmetheorie. Según este autor, el dolo del agente provocador, que obra como ingtigador y solamente capta la tentativa del hecho principal, pero no su consumación, abarca cuando menos el desvalor de la acción del hecho principal; y desde el momento en que de acuerdo con la teoría de lo injusto personal el desvalor de la acción es portador de lo injusto relevante de la tentativa, el agente provocador que sólo quiere participar en la misma, obra de forma plenamente responsable.

Dos son los argumentos a través de los cuales STRATENWERTH llega a esta conclusión. En primer lugar establece una neta diferenciación entre la tentativa de participación y la participación en una tentativa. De ahí que cuando el partícipe sólo quiere una tentativa de participación, y por tanto que no se atraviere el límite de los actos preparatorios, en realidad su comportamiento es penalmente irrelevante(141). Otra cosa sucede cuando lo que se quiere es participar en una tentativa. STRATENWERTH considera que la punición del agente provocador que sólo quiere participar en una tentativa se puede poner en duda cuando se parte, como fundamento de la pena, de que el partícipe lesiona el mismo deber jurídico que el autor(142). Así indica: si el castigo

(141) STRATENWERTH, "Der agent provocateur", 719.

(142) STRATENWERTH, "Der agent provocateur", 720. Ahora en su Strafrecht, AT, 243 s., ha corregido en parte esta tesis. Más adelante en el texto se examina esta cuestión.

de quien instiga a un asesinato se quisiera derivar del hecho de que el propio instigador infringe inmediatamente la prohibición de matar a otro, el agente provocador que no quiere la muerte, sino sólo que se llegue a una tentativa, deberá quedar exento de pena(143). Esta interpretación, a juicio de STRATENWERTH, está basada en la teoría causal de la acción, según la cual también el partícipe debe ser causal para el resultado del hecho principal. Por el contrario si se arranca de la doctrina basada en el dominio final del hecho, -continúa STRATENWERTH- no mata quien instiga a otro a matar, y quien no realiza la acción de matar, no contraviene directamente las disposiciones de la parte especial, sino las determinaciones de la parte general que prohíben instigar a otro a que infrinja aquéllas. A partir de estas precisiones, llega a la conclusión de que nada cierra el paso para castigar al partícipe que sólo quiere participar en una tentativa, pues, piensa STRATENWERTH, también, él ha motivado o favorecido un hecho antijurídico socialmente intolerable, y su castigo podrá ser inferior al del instigador normal, si impide el comienzo del desvalor del resultado o desde un principio es imposible su producción, pero esta cuestión afecta a la medición de la pena, no al fundamento mismo de la pena en la participación(144).

El segundo argumento utilizado por STRATENWERTH toma como punto de partida la teoría de lo injusto personal desarrollada por WELZEL. Según este autor lo injusto mate-

(143) STRATENWERTH, "Der agent provocateur", 720

(144) STRATENWERTH, "Der agent provocateur", 720.

rial, en atención a consideraciones de orden analítico, se escinde en el desvalor de la acción (forma y manera como el sujeto comete el hecho) y el desvalor del resultado (lesión o puesta en peligro del bien jurídico); este último sólo ad quiere un significado jurídico penalmente relevante dentro del desvalor de la acción; por ello el desvalor personal de la acción, es el desvalor general de todos los delitos -indica WELZEL- en tanto que el desvalor del resultado es un elemento carente de independencia en numerosos delitos (los de resultado y los de peligro)(145). De ahí que el desvalor del resultado pueda faltar, como sucede en la tentativa inidónea, sin que desaparezca el desvalor personal de la acción(146).

A partir de estas ideas STRATENWERTH llega a la conclu sión de que el agente provocador que sólo quiere la tentati va del hecho principal obra de forma plenamente responsable, pues su voluntad ya capta lo injusto relevante de la misma, es decir, el desvalor de la acción. Así indica: si el par tícipe quiere participar en la tentativa del autor -si bien sólo en la tentativa- por lo menos quiere la coproducción del desvalor de la acción -aunque no del resultado- presen te en la tentativa del autor. Y desde el momento en que la tentativa del autor es ya antijurídica, una vez que la voluntad del partícipe esté dirigida a esa tentativa, al tiem po apuntará a la realización de lo injusto penalmente rele-

(145) WELZEL, El nuevo sistema, 68.

(146) WELZEL, El nuevo sistema, 68. Cfr. STRATENWERTH, "Der agent provocateur", 719.

vante. De ahí que concluya: "No se exige en el partícipe una voluntad dirigida al desvalor del resultado (del hecho principal), pues la tentativa, de modo diferente a como hace la teoría causal de la acción, es portadora de su propio desvalor, sin que se derive de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico"(147). Por eso añade que también el agente provocador quiere que otro realice lo injusto, y del instigador normal sólo se diferencia en que no quiere que tenga lugar "el elemento carente de independencia", esto es, la lesión del bien jurídico(148).

C.- La teoría de la contribución al ataque del bien jurídico (restriktive o modifizierende Verursachungstheorie) y el agente provocador.

Un planteamiento del todo opuesto lo suministra la Verursachungstheorie restrictiva o modificada. Según esta teoría el fundamento de la pena en la participación criminal se deriva del hecho de que el partícipe contribuye, de forma mediata, a la lesión o peligro del bien jurídico; por tanto el partícipe también lesiona o pone en peligro, aunque a través del autor principal, el bien jurídico al que se otorga protección en el precepto de la parte especial; y si el autor necesita obrar con voluntad de resultado, según es opinión dominante y dogmáticamente imprescindible, es decir, debe querer la consumación del delito para poder fundamentar una voluntad de tentativa, otro tanto se requerirá en el par

(147) STRATENWERTH, "Der agent provocateur", 720.

(148) STRATENWERTH, "Der agent provocateur", 720.

tícipe. De este modo no es posible construir dogmáticamente una posible voluntad de tentativa, como creía BINDING cuando hablaba de los delitos cometidos a prueba⁽¹⁴⁹⁾, pues la tentativa implica a su vez, tanto para el autor como para el partícipe, una voluntad de consumación, o lo que es lo mismo, la plena realización de las características del delito, y por ello mismo la lesión del bien jurídico.

El momento volitivo dirigido al resultado del hecho principal la doctrina penal lo sitúa en el dolo; el dolo del instigador, por ello, según la opinión dominante, tiene una plural dirección. Por un lado el inductor debe hacer surgir la resolución criminal en el instigado, y por otro debe dar entrada en su voluntad a la consumación del hecho principal. De ahí que se hable, la verdad es que sin gran fundamento, según ya se ha advertido, de un Doppel Vorsatz (doble dolo), al exigirse una plural proyección en la voluntad del instigador. Por tanto no es suficiente la simple voluntad de tentativa, cree la opinión dominante, para poder castigar al inductor. En consecuencia, el agente provocador que obra como instigador, y sólo quiere la tentativa del hecho principal, no puede ser castigado como tal, pues carece del dolo exigido por la inducción⁽¹⁵⁰⁾. Con ello se hace

(149) BINDING, Normen, II, 2, 873.

(150) Así ALLFELD-MEYER, Lehrbuch, 207; BAUMANN, AT, 511 y 577; DREHER, Strafgesetzbuch, 128 s.; FINGER, Lehrbuch, I, 351; FRANK, Strafgesetzbuch, 128; HIPPEL, Deutsches Strafrecht, II, 464; IBACH, Die Anstiftung, 74 s.; KOHLRAUSCH/LANGE, Strafgesetzbuch, 175; LACKNER, Strafgesetzbuch, 97 y 124 s.; LISTZ, Lehrbuch, 218; MAURACH, Tratado, II, 372. H. MAYER, Strafrecht, (1967), 163; M.E. MAYER, Lehrbuch, 406; MEZGER, Tratado, II, 328; MEZGER-BLEI, AT, 250 y 258; OTTO, Grundkurs, 267; SCHMIDHAUSER, AT, 555 s.; SCHÖNKE-SCHRÖDER-CRAMER, Strafgesetzbuch, 363; WACHENFELD, Lehrbuch, 205; WELZEL, Strafrecht, 117; WESSELS, AT, 103.

del dolo el problema base en la determinación de la responsabilidad criminal del agente provocador.

Uno de los primeros autores que apelan a este planteamiento es GLASER, cuando indica que el instigador debe querer que el instigado realice efectivamente el hecho(151). El dolo del instigador coincide, em este punto, con el dolo del autor en cuanto que ambos quieren que se produzca la le sión del objeto protegido por la ley penal(152). De ahí que al aludir al agente provocador que no quiere ni espera que se produzca "la lesión que constituye la esencia del de lito", carece del dolo exigido por la instigación(153).

La argumentación de GLASER en el sentido de exigir en la instigación un dolo que abarque y capte el resultado del hecho principal se repite -normalmente sin aportar otros fundamentos- en la generalidad de los autores y también de los monografistas del tema. La consecuencia inmediata es negar apriorísticamente la punición del agente provocador

(151) GLASER, "Zur Lehre vom Dolus", 27.

(152) GLASER, "Zur Lehre vom Dolus", 31.

(153) GLASER, "Zur Lehre vom Dolus", 35. No obstante Glaser distingue según los diversos supuestos. Cfr. también GEYER, "Theilnahme Mehererer an einem Verbrechen", 349. Este autor indica que si bien el agente provocador carece por regla ge neral del dolo exigido por la instigación, es decir, "de la orientación de la voluntad a la producción de aquella le sión en que radica el delito y debido a la cual éste es un hecho malo punible", en aquellos casos en los que el agente provocador quiere "que el inducido proceda, por lo menos, a realizar una tentativa de delito, para así sorprenderle en flagrante delito, podrá ser castigado". Si no quiere el mal pero éste sobreviene, precisa que responde a título de culpa (normalmente punible).

cuyo dolo sólo capta la realización de una tentativa por parte del autor principal. Tal sucede en DOPPFEL, KHOLER, KATZENSTEIN, KORN, SINGEWALD, JOHANNIEMANN, KARGE, y en la opinión dominante(154).

El pensamiento de todos ellos puede sintetizarse en las siguientes palabras de JOHANNIEMANN: "El dolo del instigador debe tener una doble dirección: en primer lugar tiene que estar dirigido a excitar en el instigado una resolución delictiva, pero además tiene que aspirar a la comisión del hecho a través del instigado"(155). Por ello, de acuerdo con el parecer de la opinión dominante, el agente provocador no puede ser castigado como instigador o como inductor, cuando solamente aspira a que el autor proceda a realizar una tentativa: carece del dolo de consumir el

(154) DOPPFEL, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des agent provocateur, 17 ss., 26 ss. y 89. Sin embargo rechaza que el agente provocador carezca en todos los casos del dolo requerido por la instigación (13-18). Así niega que exista el dolo que precisa la instigación cuando se determina a otro a realizar un delito que solo progresa hasta la consumación formal (17); o ha previsto la evitación del resultado y así sucede (46). KOHLER, Studien, I, 121 ss.; EL MISMO, "Anstiftung und agent provocateur", 5: "Nadie puede ser castigado a causa de un hecho intentado cuando simplemente quiere la tentativa: por tanto, sólo es punible como tentativa cuando se quiere el hecho consumado..."; KATZENSTEIN, "Der agent provocateur", 385 ss., 405 y 417 s.: "Desde el momento en que la actividad del agente provocador implica, por regla general, que el provocado no llegue a consumir el hecho punible, (...) carece del dolo del instigador, por lo que tampoco puede ser castigado, generalmente, como tal" (418); KORN, Der Vorsatz, 16 ss. (23); SINGEWALD, Der agent provocateur, 89; JOHANNIEMANN, Die Strafbarkeit des Spitzels, 65 ss. y 76 ss.; KARGE, Der agent provocateur, 12 ss. y 30 s. Véase también los autores citados en la nota 150.

(155) JOHANNIEMANN, Die Strafbarkeit des Spitzels, 78.

hecho principal(156), requisito requerido por la inducción.

Aquí se puede dar por concluido el análisis de las diferentes teorías sobre el fundamento de la pena en la participación criminal. En las siguientes páginas se hace un exámen crítico de cada una de ellas.

V.- Crítica a las diversas teorías y toma de postura.

A.- Crítica a la teoría de la participación en la culpabilidad ajena (Schuldteilnahmetheorie).

La teoría que mantuviese la idea de que al instigador se le castiga por el simple hecho de haber operado una corrupción o seducción en la persona del instigado, al haber incitado a otro a cometer un delito, ya se dijo anteriormente que debería afirmar, sin más, la responsabilidad criminal del agente provocador, y ello con independencia tanto de las cuestiones relativas a la antijuricidad como al dolo. A tal conclusión habría que llegar porque si el objetivo que persigue el agente provocador es la punición del provocado, para lograr esa meta necesariamente deberá corromperle o seducirle con el fin de que proceda a cometer una infracción criminal. Ya se ha dicho, no obstante, que seguramente nunca se ha llevado hasta ese extremo el pensa

(156) JOHANNIEMANN, Die Strafbarkeit des Spitzels, 79,: El agente provocador no puede ser castigado cuando determina a otro a realizar un delito, "que de acuerdo con su voluntad inicial sólo debe alcanzar la tentativa y en este estado permanece".

miento de la corrupción. De ahí que los autores que de al-
gún modo tienen en cuenta este momento como fundamento de
la pena para el partícipe, advierten que la corrupción es
un elemento que concurre en la inducción al lado de la con-
tribución prestada para la lesión o peligro del bien jurí-
dico. Por tanto el planteamiento de la actual Schuldteilnah-
metheorie -bien en la versión de H. MAYER o de TRECHEL-
puede ser contemplado conjuntamente con las teorías que
parten, para fundamentar la pena en la participación, de
la lesión o puesta en peligro, a través del autor, del bien
jurídico del hecho principal.

Tampoco pueden convencer aquellos otros intentos se-
gún los cuales la instigación es perfecta una vez que el
instigador ha hecho surgir en el instigado la resolución
criminal, por lo que la acción principal habría que consi-
derarla como una simple condición de punibilidad. Desde
este punto de vista, también el agente provocador que sólo
quiere la tentativa del hecho principal, deberá sin más ser
declarado responsable criminalmente.

Ya KATZENSTEIN oponía frente a esta conclusión un re-
paro de índole formal al indicar que las condiciones obje-
tivas de punibilidad son características externas del deli-
to que no forman parte del comportamiento típico, por lo
que están fuera del tipo de lo injusto(157). De ahí que

(157) KATZENSTEIN, "Der agent provocateur", 415 ss. Niegan
que las condiciones objetivas de punibilidad pertenezcan
al tipo de lo injusto, MAURACH, Tratado, I, 296 s.; JESCHECK,
AT, 449; CORDOBA RODA, Notas, I, 297 n. 24; RODRIGUEZ MOURU-
LLO, Derecho penal, I, 241.

cuando el legislador hace depender la pena de una condición (de punibilidad), utiliza la forma condicional, queriendo de este modo separar netamente el tipo, de la condición objetiva de penalidad. Tal no sucede, indicaba KATZENSTEIN, en la redacción del parágrafo 48 del StGB alemán, donde la actividad del autor aparece como "característica típica colocada al lado del comportamiento del instigador"(158). Con independencia de este repato de índole formal, esta tesis ignora, como ha señalado JOHANNIEMANN, el carácter accesorio de la participación criminal(159). La consecuencia lógica sería considerar a la instigación como un delito independiente.

Ya se ha dicho que el principio de la accesoriedad en la participación significa que al derivarse la antijuricidad de ésta, de lo injusto del hecho principal, la actividad desarrollada por el autor sirve para determinar el propio contorno del tipo de lo injusto de la participación. El hecho principal no es, por tanto, mera condición de punibilidad, sino elemento constitutivo del tipo de lo injusto de la instigación(160). Por ello si el hecho principal sólo progresa hasta la tentativa, existirá una instigación

(158) KATZENSTEIN, "Der agent provocateur", 416.

(159) JOHANNIEMANN, Die Strafbarkeit des Spitzels, 70. Señala además, que al hacerse depender la pena, al considerarla como condición de punibilidad, de la comisión del hecho principal, el partícipe resultaría castigado no por lo que él mismo hace, sino por lo que hace otro.

(160) SAMSON, en Systematischer Kommentar, I, 226; KORN, Der Vorsatz, 15; KOSTERLITZ, L'agent provocateur, 10; JOHANNIEMANN, Die Strafbarkeit des Spitzels, 70.

a un delito intentado, y así con cada uno de los grados (frustración, consumación) de progresión delictiva. En consecuencia, la actividad del autor no puede ser computada como mera condición de la pena, sino que es parte integrante del tipo de la instigación(161).

La tesis mantenida de ordinario por la doctrina italiana, según la cual el dolo del inductor capta aquello que hace querer a inducido exige algunas precisiones, pues por esta vía se corre el riesgo de imputar al partícipe hechos en absoluto captados dolosamente. Es preciso diferenciar netamente entre la voluntad del autor y la voluntad del inductor; y si con referencia a algunos aspectos del delito ambas voluntades deben ser paralelas, no está permitido de cir que son coincidentes. Por ello en atención a consideraciones de orden sistemático, cuando el inductor no haya captado, al menos con dolo eventual, los distintos extremos del hecho realizado por el inducido, en modo alguno le podrán ser imputados dolosamente. El dolo del inductor de be valorarse con referencia a lo que él mismo conoce y quiere, y no con relación a lo que hace querer a otras personas.

Ciertamente que en el caso concreto del agente provocador, si éste sólo quiere que el hecho principal alcance el estadio de la tentativa, y no piensa intervenir para evitar la consumación

será difícil no poder afirmar que cuando menos ha captado con dolo eventual la consumación del delito. Pero este parecer no puede llevarse al extremo de considerar que

(161) Cfr. JESCHECK, AT, 449 ss.

si el agente provocador hace surgir en el inducido la voluntad de realizar un hecho consumado, su dolo capta también, sin más, la consumación del hecho principal. El exámen en particular del dolo del inductor está en un plano diferente de aquello que hace querer al inducido, por eso en el orden sistemático es preciso distinguir netamente ambos momentos. La dificultad existente en la determinación de hasta donde se extiende el dolo del inductor, no puede sustituirse por la presunción de que capta aquello que ha hecho querer al inducido. Es preciso comprobar si tal cosa es o no así, pues de otro modo se ignora el principio de culpabilidad regresando a una responsabilidad basada en el resultado.

B.- Crítica a la teoría de la participación en lo injusto ajeno (Unrechtsteilnahmetheorie).

Para HEILBORN -y lo mismo hay que decir de DEUBERT, BEKZADIAN y KOSTERLITZ dada la similitud de pensamiento- el hecho principal no es condición de punibilidad, sino característica típica. Según se dijo, HEILBORN considera que al tipo de la instigación no sólo pertenece el hacer surgir la resolución criminal, sino también la actividad desarrollada por el autor; de ahí que deba captar esa determinación a delinquir, y además el actuar del instigado. Pero es suficiente, en opinión de HEILBORN, que quiera un comienzo de ejecución del delito por parte del instigado, no necesariamente la producción del resultado del hecho principal.

A esta conclusión llega HEILBORN debido a la particular forma de concebir la instigación. HEILBORN considera que la instigación es "un delito de resultado"(162). Así indica: El actuar del instigado pertenece al tipo de la instigación no porque sea una necesidad conceptual, sino porque la instigación es un delito de resultado(163).

KORN en primer lugar, y SINGEWALD y JOHANNIEMANN después, creen que HEILBORN para elaborar esta construcción, toma como modelo los párrafos 224 y siguientes del StGB en su primitiva redacción donde se contenían auténticos delitos cualificados por el resultado(164). Sabido es que en esta especie de delitos el resultado más grave no necesita ser captado por la culpabilidad del sujeto sino que basta con que exista entre el comportamiento del mismo y el resultado que cualifica una simple relación causal. Por eso cuando el dolo del sujeto abarca el resultado que cualifica, se impone una pena más grave(165). Tal debería suceder, indica JOHANNIEMANN, en la instigación, si fuese

(162) HEILBORN, Der agente provocateur, 82 y 87 s.

(163) HEILBORN, Der agent provocateur, 88.

(164) Cfr. KORN, Der Vorsatz, 23 s.; SINGEWALD, Der agent provocateur, 100 s.; JOHANNIEMANN, Die Strafbarkeit des Spitzels, 71 s. Los párrafos 224 y siguientes fueron modificados, suprimiéndose la cualificación por el resultado, por la Novela de 4 de agosto de 1953. Cfr. a este respecto, MAURACH, Tratado, I, 231.

(165) Cfr. RODRIGUEZ DEVESA, Derecho penal español. Parte general, 375 s.

correcto el parecer de HEILBORN, cuando el instigador quiere "el ulterior resultado", y sin embargo no es así(166). La pena que corresponde imponer al instigador es la misma si el hecho progresa hasta la consumación, tanto en el caso de que sólo haya querido el primer resultado (el principio de ejecución) como el ulterior resultado (la consumación)(167). Lo lógico sería, de ser exacta la tesis de HEILBORN, que para este segundo caso el legislador hubiese previsto una pena más grave. Aquí fracasa -concluye JOHANNIEMANN- la teoría de HEILBORN(168).

Por mi parte pienso que el planteamiento de HEILBORN adolece de otros errores de sistema. Dada la similitud del pensamiento de este autor con el de STRATENWERTH, y en parte con el de JESCHECK^G, la crítica que a continuación se inicia sobre la teoría de estos últimos, se puede hacer extensiva también a HEILBORN y sus seguidores.

El punto de vista sostenido por STRATENWERTH y JESCHECK parte de considerar que cuando se quiere participar en una tentativa, la voluntad del partícipe abarca cuando menos el desvalor de la acción del hecho principal; y puesto que el desvalor de la acción, en la teoría de lo injusto personal, es portador ya del desvalor fundamentador de lo injusto en la tentativa -caracterizada precisamente por la ausencia del desvalor del resultado- el agente provocador que sólo quiere participar en ella, obra de forma plenamente

(166) JOHANNIEMANN, Die Strafbarkeit des Spitzels, 71.

(167) JOHANNIEMANN, Die Strafbarkeit des Spitzels, 72.

(168) JOHANNIEMANN, Die Strafbarkeit des Spitzels, 72.

responsable. En consecuencia su dolo capta la producción de lo injusto penalmente relevante en la tentativa. Por eso el agente provocador que sólo quiere la tentativa, en opinión de estos dos autores, obra de forma plenamente responsable(169). En apoyo de este punto de vista podría pensarse que viene no sólo la aparentemente lógica construcción en base a la teoría de lo injusto personal, sino también las propias determinaciones de derecho positivo.

Por regla general los Códigos penales -así el español- solamente exigen para castigar la inducción, el hacer surgir la resolución criminal en el autor y un principio de ejecución de la acción principal por parte de éste(170). Luego si el inductor quiere el comienzo de ejecución del hecho principal, pero no la consumación, parece que cumple con la totalidad de los requisitos exigidos para castigar al partícipe en un hecho que sólo llega a alcanzar el estadio de la tentativa. Ciertamente que en el autor se exige una voluntad de consumación, pero a juicio de STRATENWERTH no debe pedirse lo mismo al instigador pues éste no infringe el mismo deber jurídico que el autor (171); de ahí que sea castigado por haber suscitado un hecho antijurídico socialmente intolerable.

Sin embargo tras la aparente lógica de esta construc-

(169) STRATENWERTH, "Der agent provocateur", 719 s.; JESCHECK, AT, 1ª ed. Berlin 1969, 457. Véase además WELP, en JUS, 1967, 508; KÖHLER, AT, 500; GERLAND, AT, 150.

(170) Cfr. RODRIGUEZ DEVESA, Derecho penal español. Parte general, 685; RODRIGUEZ MOURULLO, en Comentarios, I, 856; KUPER, "Der agent provocateur", 323.

(171) STRATENWERTH, "Der agent provocateur", 720.

ción, se encubren graves defectos dogmáticos y serias contradicciones sistemáticas. Por de pronto la expresión "querer participar en una tentativa" encierra una perífrasis que puede inducir a error. Con ello no se pretende decir otra cosa que el agente provocador nada más quiere que el hecho principal llegue al estadio de la tentativa; lo que desde el punto de vista del dolo significa que su voluntad no capta la consumación del hecho principal. En segundo lugar con la propia expresión en cierto modo se está prejuzgando e invirtiendo la posición del partícipe en la estructura de la realización del hecho principal. Realmente si se parte del carácter accesorio de la participación, el partícipe no es libre de elegir el grado de desarrollo delictivo en el que quiere participar, sino que participará en el hecho realizado por el autor y en el estadio de progresión por éste alcanzado. Por eso nada más de forma un tanto forzada se puede decir que el agente provocador sólo quiere participar en una tentativa. No hay que confundir los deseos o apetencias, con un momento volitivo y psicológico que la sistemática jurídico penal sitúa en el dolo.

Por otro lado si el instigador no infringe el mismo deber que el autor, la consecuencia lógica sería deducir -como indica KÜPER- aunque STRATENWERTH tiene el cuidado de callárselo, que ya el acto de incitación a delinquir, contrario a la prohibición, es portador de lo injusto material en la instigación(172). De este modo el hecho principal

(172) KÜPER, "Der agent provocateur", 327. Cfr. además PLATE, "Zur Strafbarkeit des agent provocateur", 300 s.

pasaría a ser una especie de correlato de resultado (carente de independencia) del desvalor del acto, que no precisa ser captado por el dolo del instigador: el acto del partícipe habría que considerarlo perfecto aun cuando faltase la intención de resultado(173). Es decir, el hecho principal obraría a modo de condición de penalidad que afecta al cuanto de la pena, no al sí de la propia pena(174).

La crítica de LUDERSSEN en el sentido de que este punto de vista conduce a considerar que al partícipe se le castiga no por haber contribuido al ataque del bien jurídico del hecho principal, sino por la "perturbación de la paz social o jurídica" que entraña el comportamiento del instigador, debe ser acogida(175). RUDOLPHI insiste en la misma idea al indicar que si se prescinde de la contribución del partícipe en la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, el objeto de protección pasa a ser la persona del autor principal a la que hay que preservar de que realice unos actos portadores de un desvalor(176); en definitiva, nos encontramos con que el objeto protegido es la persona del autor y no el bien jurídico afectado. Quizá estas objecciones hayan llevado a STRATENWERTH a rectificar el pri

(173) KÜPER, "Der agent provocateur", 327.

(174) Cfr. STRATENWERTH, "Der agent provocateur", 720; HEILBORN, Der agent provocateur, 94.

(175) LUDERSSEN, Zur Strafgrund der Teilnahme, 48 ss. (57). Cfr. LESS, "Der Unrechtscharakter", 54; KÜPER, "Der agent provocateur", 330.

(176) RUDOLPHI, "Inhalt und Funktion", 66 s.

mitivo planteamiento y ahora en su Strafrecht, AT, (2ª ed. 1976), de forma expresa advierte que el partícipe también lesiona o pone en peligro el bien jurídico de la parte especial, sólo que de forma mediata dirige su ataque contra el mismo bien jurídico que ataca al autor(177).

En conclusión, con PLATE se puede decir que para poder hablar de la lesión de un deber jurídico propio, previamente habría que comprobar si el partícipe ataca un bien jurídico diferente al del autor(178). Que tal cosa no es así, se deduce inmediatamente que se tiene en cuenta el carácter derivado de lo injusto en la participación. Al partícipe no se le castiga por haber perturbado la vigencia empírica del derecho, ni lo injusto de la participación se fundamenta con el simple ataque a la disposición anímica del autor de acatar la ley, sino por haber contribuido al ataque del bien jurídico que lesiona o pone en peligro el autor.

Además la tesis de STRATENWERTH introduce una distorsión sistemática en la posición que ocupa en la teoría de lo injusto el desvalor de la acción, y una confusión de planos. En rigor, el desvalor de la acción solamente adquiere relevancia jurídico penal dentro de un comportamiento que aspira a la consecución del desvalor del resultado (lesión o peligro de un bien jurídico); es decir, cuando la voluntad del sujeto persigue la meta cuya evitación pretende el precepto(179). En consecuencia, la voluntad dirigida a produ

(177) STRATENWERTH, AT, 243 s.

(178) PLATE, "Zur Strafbarkeit des agent provocateur", 300.

(179) Cfr. RODRIGUEZ MOURULLO, Derecho penal, I, 24; KUPER, "Der agent provocateur", 326; SAMSON, en Systematischer Kommentar, I, 259.

cir el desvalor de la acción, implica a su vez, previamente, voluntad de resultado. Esta conclusión, curiosamente aceptada por STRATENWERTH para el autor principal, no la hace extensible al partícipe(180). Con KUPER habría que preguntar por qué motivo exige más requisitos al autor para hacerle responsable criminalmente que exige al partícipe, pues el primero precisa obrar con voluntad de resultado (consumación), en tanto que el segundo es suficiente que sólo aspire a la tentativa(181). Como se verá inmediatamente, la relación funcional existente entre tipo de delito, participación y tentativa, conduce, de modo necesario, a exigir también en el partícipe voluntad de consumación. Por otro lado dogmáticamente no es posible una voluntad de tentativa fuera de una voluntad orientada a la consumación. Ya se ha dicho que la tesis de BINDING según la cual cabría imaginar delitos a prueba hoy es insostenible(182).

Por último STRATENWERTH no parece atender a la diferenciación sistemática existente entre el desvalor de la acción, elemento residual en la tentativa, y el desvalor de la acción componente de lo injusto en todo comportamiento criminal. Ciertamente que para la teoría de lo injusto personal la tentativa se caracteriza por la ausencia del desvalor del resultado, y por eso el desvalor de la acción es por sí mismo suficiente para fundamentar lo injusto penal-

(180) Cfr. STRATENWERTH, "Der agent provocateur", 719.

(181) KUPER, "Der agent provocateur", 326.

(182) Cfr. BINDING, Normen, II, 873.

mente relevante en la misma. Pero tal desvalor de la acción sólo es posible en el comportamiento de un sujeto que aspira a la lesión del bien jurídico. Por tanto si el agente provocador no quiere el desvalor del resultado a la vez carece de voluntad orientada al desvalor de la acción; en consecuencia no hay base dogmática alguna para fundamentar lo injusto de la tentativa fuera de un comportamiento que no capte el desvalor del resultado. Con razón indica RODRIGUEZ MOURULLO, a este respecto, que "el desvalor de la acción cumple una función selectiva (destaca como particularmente intolerables determinadas lesiones o puestas en peligro de bienes jurídicos) y sólo cobra significación jurídico-penal en la medida en que va referido a la creación de riesgos o lesiones de bienes jurídicos"(183).

No cabe contraargumentar diciendo que no es lo mismo lo que debe querer el autor, que aquello que debe querer el partícipe y con ello que "la punibilidad del instigador no deriva de lo que él se propone, sino de lo que hace ejecutar"(184). Para poder llegar a esta conclusión previamente habría que demostrar que lo injusto de la participación no precisa una contribución a la lesión o puesta en peligro del bien jurídico en un comportamiento orientado a ese resultado, sino simplemente un desvalor en los actos del autor principal. De nuevo hay que decir que por esta vía se llega a considerar que el objeto protegido, cuando se obra como partícipe, es la persona del autor a la que hay que preservar de que realice actos portadores de un

(183) RODRIGUEZ MOURULLO, Derecho penal, I, 336.

(184) Así RODRIGUEZ MOURULLO, en Comentarios, I, 854, acogiendo al parecer de IMPALLOMENI (Istituzioni di Diritto penale, 382 ss).

desvalor jurídico penal, y no los concretos bienes jurídicos en cuya lesión o peligro contribuye el partícipe(185).

C.- Toma de postura: presupuestos conceptuales y sistemáticos de la teoría de la contribución al ataque del bien jurídico.

Por este motivo solamente la teoría de la contribución al ataque del bien jurídico (restriktiven o modifizierende Verursachungstheorie) ofrece un planteamiento conforme con los principios que informan la dogmática del Derecho penal. Este teoría considera que el partícipe también lesiona o pone en peligro el bien jurídico afectado de forma mediata, es decir, a través del hecho que realiza el autor. El fundamento de la pena en la participación consiste en la contribución prestada por el partícipe en el ataque al bien jurídico. Pero no basta cualquier contribución causal, si no una efectiva cooperación a la lesión o peligro del bien jurídico que realiza el autor. Lo injusto de la participación tiene, por ello, un carácter derivado, en cuanto que presupone un hecho principal típicamente antijurídico realizado por otra persona. Y del mismo modo que se exige al autor que su voluntad capte el resultado cuya evitación pretende el precepto, es decir, que obre con dolo de consumir el hecho, otro tanto se debe exigir al partícipe en cuanto que lo injusto que fundamenta la pena consiste precisamente en la contribución al ataque real y efectivo del bien

(185) RUDOLPHI, "Inhalt und Funktion", 66.

jurídico. Este punto de vista que hoy constituye la opinión dominante, quizá por parecer obvio, apenas si la doctrina dedica algún espacio a su fundamentación. Pero, como pone de relieve KÜPER, si puede parecer obvio, en modo alguno es evidente(186).

La principal consecuencia práctica que se deriva de este planteamiento, con respecto al agente provocador, es que si carece de voluntad de consumación, no puede ser castigado como inductor, al no obrar con el dolo exigido por la inducción. Este punto de vista que en su formulación es irreprochable, presenta sin embargo grandes inconsecuencias sistemáticas cuando se le contrasta con el planteamiento que la opinión dominante hace del problema del agente provocador(187). De ahí la conveniencia en primer lugar de analizar la necesidad dogmática de que el inductor obre con voluntad orientada a la consumación del hecho principal, y en segundo lugar de señalar la vía más conforme con la sistemática del Derecho penal a la hora de dar una respuesta al problema del agente provocador que obra como inductor.

Se acaba de rechazar la tesis según la cual el inductor debe ser castigado incluso aunque su dolo sólo capte la tentativa del hecho principal, porque conduce a considerar que el fundamento de la pena en la participación no es la contribución prestada para la lesión o peligro del bien jurídico, sino la perturbación de la paz social o jurídica

(186) KÜPER, "Der agent provocateur", 328.

(187) SAMSON, en Systematischer Kommentar, I, 225, de modo expreso hace alusión a las inconsecuencias sistemáticas a que conduce, con respecto al agente provocador, el planteamiento de la opinión dominante.

que comporta la acción del partícipe. Ahora se trata de de mostrar la necesidad de que la voluntad del partícipe aspi-re de modo efectivo a la consumación del delito a través del autor.

1.- Relación funcional y sistemática.

De manera precisa, KUPER ha puesto de manifiesto que la relación funcional existente entre tipo de delito, tipo de tentativa y tipo de participación, conduce sistemática-mente a exigir también en el instigador una voluntad de resultado, lo que desde el punto de vista del dolo significa que debe captar la consumación del hecho principal. El planteamiento de este autor es el siguiente: en primer lu-
gar indica que tanto los preceptos relativos a la tentati-
va como a la instigación, son causas de extensión de la pena, desde el momento en que en ambos casos la ampliación tiene por objeto someter a una pena un comportamiento no descrito en el tipo de delito. Ahora bien, esa ampliación de la pena afecta únicamente -indica KUPER- al modo de realizar el ataque contra el bien jurídico, pero no al fin o dirección del ataque. Esto es evidente -continúa- en la tentativa. El precepto relativo a la tentativa amplía ex-clusivamente la parte objetiva del tipo de delito, en tanto que el plano subjetivo permanece inalterado: la voluntad de tentativa implica previamente voluntad de resultado, o lo que es lo mismo, una voluntad orientada a la lesión efectiva del bien jurídico(188).

(188) KUPER, "Der agent provocateur", 331.

La relación funcional existente entre tipo de delito y tipo de instigación es más compleja, precisa KÜPER, pues la ampliación de la pena a los ataques al bien jurídico a través del autor principal, forzosamente acarrea una modificación en la parte subjetiva del tipo. Sin embargo la intención de resultado, matiza KÜPER, permanece inalterada. Por tanto también con respecto al instigador se exige que obre con voluntad orientada al resultado, es decir, queriendo el menoscabo efectivo del bien jurídico(189). Si fuese suficiente una simple voluntad de tentativa, se ampliaría desmesuradamente la causa de extensión de la pena. De ahí que concluya KÜPER diciendo que el desvalor de la acción en la instigación sólo adquiere un carácter jurídico penalmente relevante, cuando el instigador obra con voluntad de resultado(190).

Estas precisiones vienen a avalar el planteamiento mantenido en este estudio, y a la vez a contradecir el punto de vista que por lo común la doctrina sostiene con respecto al agente provocador: si no es posible en la sistemática del Derecho penal la existencia de una simple voluntad de tentativa no ya en el autor, como normalmente se acepta, si no tampoco en el partícipe, ¿cómo es posible que la doctrina siga sosteniendo que el elemento conceptual en el agente provocador consiste precisamente en que solamente obra con voluntad (dolo) de tentativa, no de consumación?

Ciertamente que si llega a demostrar que el agente prog

(189) KÜPER, "Der agent provocateur", 331 s.

(190) KÜPER, "Der agent provocateur", 332.

vocador carece efectivamente de voluntad de consumación, no podrá ser castigado como inductor al no estar en posesión del dolo exigido por la inducción. Pero esa consecuencia -la falta de dolo de consumación- debe ser el resultado del análisis al que se debe someter el comportamiento del agente provocador y no el presupuesto, como de ordinario le considera la opinión dominante. Cuando se hace de la simple voluntad de tentativa el elemento definidor en el agente provocador, se está confundiendo el plano conceptual con el de responsabilidad(191). La ausencia de voluntad de consumación, en el comportamiento del partícipe, no puede ser constatada apriorísticamente, sino que hay que seguir un proceso sistemático inverso: solamente cuando el sujeto interviene con posterioridad para evitar que el hecho principal progrese hasta la consumación, o desde un principio es imposible que ésta tenga lugar, al haber adoptado las garantías pertinentes, podrá decirse que carece de voluntad de consumación, no obstante haber desarrollado una conducta que objetivamente integra el tipo objetivo de la inducción. Es decir, no será suficiente la simple carencia volitiva interna, sino que se exigirá que ésta sea operativa en el sentido de que es tal el influjo del agente provocador en el nacimiento o desarrollo del hecho provocado, que de acuerdo con su voluntad, la lesión o puesta en peligro del bien jurídico no puede tener lugar. Solamente así puede decirse que carece de voluntad de consumación. Por eso no pueden confundirse los deseos o apetencias del agente provocador con un momento volitivo que la sistemática jurídico penal sitúa en el dolo.

(191) Cfr. JOHANNIEMANN, Die Strafbarkeit des Spitzels, 41.

Por otro lado el planteamiento de los autores que hacen de la simple voluntad de tentativa el elemento que define al agente provocador, parten de un presupuesto falaz y artificioso. Falaz porque no es posible, en la sistemática del Derecho penal, según se acaba de ver, que un sujeto obre con voluntad de tentativa fuera de un comportamiento que no aspire, al tiempo, a la consumación del delito; y artificioso, porque tras esa supuesta voluntad de tentativa se encubre la influencia que el agente provocador ejerce en la estructura del hecho provocado, lo que efectivamente se traduce en la falta de un auténtico riesgo de lesión para el bien jurídico(192). De este modo sólo de manera un tanto forzada puede decirse que el agente provocador quiere la tentativa del hecho principal.

2.- El momento volitivo en el agente provocador: influencia en el hecho provocado.

De ahí que en este estudio se mantenga el criterio de que el agente provocador si bien por un lado interviene como supuesto autor o partícipe en la comisión de un delito, a la vez carece de voluntad de producir el desvalor de lo injusto del tipo afectado por su conducta. El problema está entonces en determinar cuándo esa carencia volitiva es operativa y cuándo no lo es. Es decir, es preciso analizar

(192) Cfr., SCHÖNKE-SCHRÖDER-CRAMER, Strafgesetzbuch, 363; JOHANNIEMANN, Die Strafbarkeit des Spitzels, 79; STRATEN-WERTH, AT, 250 s.; PLATE, "Zur Strafbarkeit des agent provocateur", 306.

si, no obstante carecer de voluntad orientada a producir el desvalor de lo injusto del tipo afectado, la conducta del agente provocador debe ser objeto de una desaprobación jurídico penal por haber contribuído de modo efectivo a la lesión o peligro del bien jurídico. Sólo en un segundo momento se examinarán los problemas relativos al dolo. Puede comprenderse que la respuesta a este interrogante no puede darse sino diferenciando cada caso.

A este respecto hay que decir que si el agente provocador hace surgir la resolución criminal en otra persona y su voluntad interna, de hecho, solamente abarca la realización de una tentativa por parte del autor, pero no tiene previsto intervenir para evitar la consumación, etc. será difícil no poder afirmar que cuando menos obra con dolo eventual con respecto al resultado del hecho principal, y por tanto de forma plenamente responsable en tanto no concurra una causa de exclusión de la responsabilidad(193). Por este motivo los supuestos que propiamente entran dentro del entorno del agente provocador serán aquellos en los que la ausencia de voluntad de producir el desvalor de lo injusto, no queda reflejada en un simple deseo, sino que tiene una inmediata proyección en la estructura o desarrollo del hecho provocado. Son, por tanto, aquellos casos en los que la lesión del bien jurídico, por influencia inmediata o mediata del agente provocador, si bien no está descartada en términos absolutos, de acuerdo con la voluntad de éste

(193) Cfr. PLATE, "Zur Strafbakkeit des agent provocateur", 313; KARGE, Der agent provocateur, 38; DOPFFEL, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des agent provocateur, 49.

no debe tener lugar. En consecuencia lo que interesa saber es si no obstante la ausencia de voluntad de producir el desvalor de lo injusto del delito afectado, el comportamiento del agente provocador debe ser objeto de un juicio de desvalor jurídico penal por haber contribuido de modo efectivo a la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico. La respuesta no puede ser ni apriorística ni generalizada, sino que habrá que diferenciar caso por caso.

3.- La tentativa y el comportamiento peligroso del agente provocador: crítica.

Por eso se suele poner en relación con el problema del agente provocador los casos en que éste piensa intervenir para evitar la llamada consumación material, o quiere impedir la lesión fáctica del bien jurídico protegido, o nos encontramos ante un episodio de tentativa inidónea...(194). Se produce de este modo una inconsecuencia sistemática -así expresamente lo resalta SAMSON(195)- al encontrarnos con que el agente provocador que obra como inductor carece del dolo exigido por la inducción, pues obra sin voluntad de producir el desvalor de lo injusto y por ello mismo sin querer la consumación, pero al mismo tiempo su comportamiento puede encerrar un cierto grado de peligro con res-

(194) Cfr. DOPFFEL, Die Strafrechtliche, 48 ss.; HEILBORN, Der agent provocateur, 94 ss.; JOHANNIEMANN, Die Strafbarkeit des Spitzels, 79 y 91 ss.; KARGE, Der agent provocateur, 32 ss.; PLATE, "Zur Strafbarkeit des agent provocateur", 294; KUPER, "Der agent provocateur", 321.

(195) SAMSON, en Systematischer Kommentar, I, 225.

pecto al bien jurídico afectado. Este momento peligroso en el comportamiento del agente provocador ya lo tuvieron en cuenta HEILBORN, DEUBERT o KOSTERLITZ, y más recientemente HERZBERG y PLATE(196).

En base precisamente al peligro objetivo de lesión que implica el comportamiento del agente provocador, se apela a un supuesto dolo de peligro, queriendo con ello significar que aun cuando el agente provocador carece de voluntad de consumación (dolo de lesión), su conducta es portadora de un dolo de peligro. Así indica ARTZ que sólo se tiene dolo de peligro, y no de lesión, cuando se confía en que el peligro que se cierne sobre el bien jurídico no va a progresar hasta la lesión. Esto es lo que sucede -continúa- en el agente provocador, pues si bien quiere poner en peligro el

(196) HEILBORN, Der agent provocateur, 94: "La peligrosidad de la instigación y la complicidad, es del todo independiente de la intención propuesta por el instigador y el cómplice. Una vez que el primero ha determinado a cometer un hecho al instigado, ha realizado todo lo exigible tanto si ha proyectado la consumación o sólo la tentativa"; DEUBERT, Der agent provocateur, 21: "El agente provocador por lo menos quiere una tentativa punible, por lo tanto un hecho que resulta punible debido a su peligrosidad"; KOSTERLITZ, L'agent provocateur, 22: "Mediante la provocación de un dolo de consumación, por una parte, y mediante el comienzo de la ejecución del delito por una actividad independiente, por otra, es tan grande el peligro de consumación de la instigación, que por sí sola la intención del agente provocador de evitar posteriormente por su intervención el resultado final, no puede bastar para excluir el tipo de la instigación"; HERZBERG, "Anstiftung und Beihilfe", 12; PLATE, "Zur Strafbarkeit des agent provocateur", 305 ss.; En contra, KORN, Der Vorsatz, 26, al indicar que el agente provocador carece de "la peligrosidad subjetiva" al no obrar con dolo de consumar el hecho. Véase además JOHANNIEMANN, Die Strafbarkeit des Spitzels, 81 s.

bien jurídico a través de la acción de lesión intentada del autor principal, a la vez confía en que no se llegue a la lesión consumada. ARTZ concluye señalando que debido precisamente a esa falta de dolo de lesión, el agente provocador carece del dolo exigido por la instigación(197); consecuentemente no se le puede castigar como instigador.

Otros autores invierten el planteamiento al poner en relación este aspecto peligroso del comportamiento del agente provocador con la tentativa. De este modo, si por un lado la conducta del agente provocador, que sólo aspira a que se produzca la tentativa del hecho principal, encierra un cierto grado de peligro con respecto al bien jurídico, y por otro la tentativa se caracteriza precisamente por el peligro a que es sometido un bien jurídico, todo aconseja considerarle responsable criminalmente. En este sentido CUELLO CALON indica que en el caso de "mera tentativa, el peligro que ésta encierra para bienes jurídicamente protegidos justifica que el agente provocador responda de tentativa de delito"; en términos semejantes se expresa ANTON ONECA cuando escribe: "La tentativa implica siempre un riesgo para el bien jurídico atacado y produce cierta alarma general, no siendo de equidad que el creador de la situación quede impune"(198). En la misma idea insiste RODRIGUEZ MOURULLO al indicar, con un planteamiento próximo al pensa-

(197) ARTZ, "Bendingter Entschluss und Vorbereitungshandlung" en JZ, 1969, 55. En contra, con razón, al negar que pueda haber un dolo de peligro, BARBERO SANTOS, "Contribución", 491 s. y 496.

(198) CUELLO CALON, Derecho penal. Parte general, 649; ANTON ONECA, Derecho penal, I, Parte general, 440.

miento de la corrupción en su actual formulación, que la "responsabilidad del agente provocador se fundamenta no só lo porque él condujo al instigado al campo de lo culpable -tentativa punible- sino también porque él aparece como causa creadora -autor intelectual- de una situación de peligro jurídico-penalmente relavante"(199).

En el razonamiento según el cual el agente provocador que sólo quiere que tenga lugar la tentativa del hecho principal debe ser declarado responsable criminalmente de la misma porque su comportamiento encierra un cierto grado de peligro para el bien jurídico afectado, hay una confusión de planes y una inconsecuencia sistemática. La situación de peligro entendida como elemento de lo injusto material en la tentativa, y el comportamiento objetivamente peligroso, se encuentran en un plano sistemático diferente. La situación de peligro, elemento de lo injusto material en la tentativa, es siempre el residuo de un comportamiento que aspira a la plena lesión del bien jurídico. De ahí que la tentativa (o la frustración) y la consumación requieran un momento volitivo referido al resultado (consumación), lo cual a su vez implica una voluntad orientada a la plena lesión del bien jurídico. Por eso se produce la inconsecuencia sistemática apuntada, pues si el agente provocador no quiere que tenga lugar la consumación del hecho principal, y para ello habrá tomado las garantías pertinentes, carece de voluntad de lesionar el bien jurídico y por ello mismo de la voluntad requerida como elemento subjetivo por lo in

(199) RODRIGUEZ MOURULLO, en Comentarios, I, 855.

justo material en la tentativa. Consecuentemente no se podrá castigar al agente provocador por la posible tentativa a que dan lugar los actos del provocado, pues su conducta no fundamenta lo injusto de ésta. Ciertamente que el comportamiento del agente provocador objetivamente puede significar la creación de un riesgo para el bien jurídico afectado, pero ese peligro que entrañan sus actos se encuentra en un plano sistemático diferente a la situación de peligro entendida como elemento residual que forma parte de lo injusto en la tentativa, el cual requiere, previamente, en el aspecto subjetivo, un momento volitivo dirigido a la consumación del hecho, y por ello a la plena lesión del bien jurídico.

Esto se muestra perfectamente claro en los comportamientos culposos que comportan una situación de peligro para un bien jurídico; pero esa situación nada tiene que ver con el peligro entendido como elemento de lo injusto en la tentativa. Por eso no es posible en la dogmática del Derecho penal configurar una tentativa culposa. Consecuentemente, si el agente provocador no quiere que tenga lugar la consumación, no está justificado decir, al modo de ARTZ, que obra con dolo de peligro; y por otro lado, si carece del momento volitivo orientado al resultado del hecho principal, y por ello a la lesión del bien jurídico, no está permitido imputarle a título de dolo -como parecen aceptar CUELLO CALON, ANTON ONECA y RODRIGUEZ MOURULLO- las consecuencias no queridas, al menos con dolo eventual, que derivan de su comportamiento por muy peligroso que objetivamente sea. No es bastante la realización de una conducta peli

grosa para poder imputar al sujeto un delito. El respeto al principio de culpabilidad exige examinar si se dan todos los presupuestos requeridos por esta categoría sistemática. Así parece entenderlo también JESCHECK, a partir de la segunda edición de su Lehrbuch -aunque él crea discrepar de la opinión dominante- cuando indica que el agente provocador debe ser castigado en el caso de que "exponga a un peligro, a través del autor, al objeto de la acción, y cuente con dicho peligro"(200). Realmente si cuenta con el peligro a que se ve sometido el objeto de la acción, quiere decir que al menos obra con dolo eventual con respecto a la lesión del bien jurídico(201).

La responsabilidad criminal del agente provocador habría que fundamentarla en tal caso, no tanto por haber expuesto a un peligro al bien jurídico -según pretende resaltar JESCHECK- como por haber obrado reuniendo la totalidad de los requisitos exigidos por la instigación, pues por un lado ha hecho surgir la resolución criminal en el sujeto, y por otro su dolo capta, al menos con dolo eventual al contar con el peligro del bien jurídico, el resultado de lesión. Insisto en que no es suficiente para hacer responsable criminalmente al agente provocador por la tentativa que realiza la persona del inducido, la constancia de que sus actos originan un riesgo al bien jurídico, mientras no se den el resto de los requisitos requeridos para fundamentar la pena en la inducción a delinquir, por un lado, y por

(200) JESCHECK, AT, 560.

(201) Así también lo hace notar KUPER, "Der agent provocateur", 333 n. 81.

otro en la tentativa. Y si se parte de la idea de que el agente provocador no quiere que tenga lugar la lesión del bien jurídico, y con tal fin introduce medidas de garantía o precautorias para que así suceda, no se puede poner a su cargo la posible tentativa realizada por el provocado. Como indica el propio JESCHECK, el inductor, en este caso, carece de la dirección de ataque contra el bien jurídico protegido exigida al partícipe(202).

Finalmente en el planteamiento de RODRIGUEZ MOURULLO existe un nuevo punto de contradicción. Según este autor tanto la tentativa como la frustración requieren intención de consumir el hecho previsto por la ley como delito, y tal voluntad de producir el resultado, desprovista de la conciencia de la antijuricidad, pertenece, como elemento subjetivo, a lo injusto de la tentativa y de la frustración; por el contrario la malicia precisa, además, de la conciencia de la antijuricidad(203). De ser consecuentes con este planteamiento, el agente provocador que sólo quiere que tenga lugar la tentativa del hecho principal, y con tal fin inserta medidas precautorias, carece ya del referido elemento subjetivo requerido por lo injusto de las formas imperfectas de ejecución. Por tanto no se le puede hacer responsable criminalmente por la posible tentativa a que dan lugar los actos del provocado, pues al no estar en posesión de la intención de consumir el hecho previsto por la ley como delito, su conducta no fundamenta lo injusto por

(202) JESCHECK, AT, 560.

(203) RODRIGUEZ MOURULLO, en Comentarios, I, 95 y 124.

virtud del cual se extiende la pena en la tentativa o en la frustración. No debe pasarse por alto, según se ha visto, que también el partícipe debe querer la consumación del hecho, y por ello mismo la plena lesión del bien jurídico, por lo que si introduce medidas precautorias, no obra con el aludido momento subjetivo requerido por lo injusto de la tentativa.

Tampoco satisface por completo el planteamiento realizado por PLATE, quien toma también en cuenta el peligro que entraña el comportamiento del agente provocador para el bien jurídico afectado. PLATE parte, para fundamentar su tesis, de la particular sistemática -y también terminología- establecida por SCHMIDHÄUSER. De ahí la conveniencia de hacer algunas precisiones a propósito del pensamiento de éste, antes de entrar en la exposición de PLATE.

SCHMIDHÄUSER concibe a la acción como una unidad dialéctica integrada de voluntad y hacer(204). Partiendo de esta naturaleza dialéctica de la acción, la lesión del bien jurídico puede manifestarse, en opinión de SCHMIDHÄUSER, de tres maneras: como tendencia subjetiva de la voluntad (desvalor final), como tendencia objetiva del haber (desvalor de peligro) o de ambas formas a la vez(205). El desvalor de la acción, como desvalor final, tiene lugar cuando el sujeto lesiona la pretensión de respeto del bien jurídico con voluntad final; es decir, con voluntad dirigida a producir las circunstancias objetivas de desvalor (Unwertsach-

(204) SCHMIDHÄUSER, AT, 203.

(205) SCHMIDHÄUSER, AT, 206.

verhalt) contrarias al bien jurídico (tendencia de la acción que subjetivamente lesiona el bien jurídico)(206). Por el contrario el desvalor de la acción, como desvalor de peligro, tiene lugar cuando se lesiona la pretensión de respeto del bien jurídico en tales circunstancias y de tal modo que se crea o se aumenta el peligro de que sobrevengan las circunstancias objetivas de desvalor contrarias al bien jurídico (tendencia de la acción que objetivamente lesiona el bien jurídico)(207).

De este modo hay que diferenciar, sistemáticamente, entre un injusto final y un injusto de peligro. Lo injusto final lo realiza quien actúa con voluntad final dirigida a producir las circunstancias objetivas de desvalor contrarias al bien jurídico, en tanto que lo injusto de peligro quien obra con una voluntad final neutra pero en condiciones tales que su comportamiento implica el peligro de producción de esas circunstancias objetivas de desvalor(208).

Partiendo de estas ideas PLATE considera que el agente provocador que sólo quiere la tentativa, porque piensa

(206) SCHMIDHAUSER, AT, 206. Debe tenerse en cuenta que este autor distingue, en el plano sistemático, entre tipo (Tatbestand) y circunstancias fácticas u objetivas (Sachverhalt). Mientras que el tipo es la descripción legal del acontecimiento, y de su presencia se hacen depender las consecuencias jurídicas previstas, por Sachverhalt hay que entender todo acontecimiento del caso concreto que, en la aplicación del derecho, se ha de confrontar con el acontecimiento de la descripción típica (23). Cfr. STRATENWERTH, AT, 65 s.; WESSELS, AT, 4.

(207) SCHMIDHAUSER, AT, 206.

(208) Cfr. PLATE, "Zur Strafbarkeit des agent provocateur", 305 s.

intervenir oportunamente para evitar la consumación, si bien actúa con voluntad final neutra, en el caso concreto puede dar lugar a un injusto de peligro. Así escribe: Cabe la posibilidad de que el comportamiento del agente provocador objetivamente implique un peligro de producción de las circunstancias objetivas de desvalor contrarias al bien jurídico y, por tanto, obre lesionando tal bien jurídico(209)

De ser consecuentes sistemáticamente con el planteamiento de PLATE la consecuencia inmediata y práctica, sería que todo agente provocador cuyo comportamiento implica un peligro para el bien jurídico, debería ser castigado, aunque no quiera con voluntad final la lesión del bien jurídico, en base a ese pretendido injusto de peligro(210). PLATE evita esta conclusión, según ha puesto de relieve KÜPER, trasladando el problema al marco de la culpabilidad (211), al exigir, para poder reprochar el hecho a título de dolo, que por lo menos el agente provocador haya captado con dolo eventual la probabilidad de una lesión del bien jurídico(212). Cuando esto no suceda, PLATE indica que siempre queda abierta la posibilidad de imputar el hecho a título de culpa(213).

(209) PLATE, "Zur Strafbarkeit des agent provocateur", 306.

(210) Cfr. KUPER, "Der agent provocateur", 335.

(211) Cfr. KUPER, "Der agent provocateur", 335.

(212) PLATE, "Zur Strafbarkeit des agent provocateur", 313.

(213) PLATE, "Zur Strafbarkeit des agent provocateur", 313.

La tesis de PLATE no es, sin embargo, convincente. No tanto por razón de las conclusiones prácticas que en definitiva se pueden considerar acertadas, como por los presupuestos sobre los que se asienta ese pretendido injusto de peligro. Como ha puesto de relieve KÜPER, con el planteamiento de PLATE se opera una trasmutación de planos al llevar al ámbito de la culpabilidad problemas que, de acuerdo con su sistemática, deberían ser tratados en el tipo(214). De este modo se produce una inconsecuencia sistemática, pues si se dice que el agente provocador obra con voluntad final neutra, difícilmente podrá afirmarse que su comportamiento fundamenta lo injusto de la tentativa, ya que ésta previamente requiere de un momento subjetivo dirigido al resultado. Sucede entonces, como indica KÜPER, que no obstante apreciarse un injusto de peligro éste no encuentra correlato en el marco de la culpabilidad dolosa(215). Se incurre de esta forma en la inconsecuencia de decir que la conducta del agente provocador cuando sólo aspira a que tenga lugar la tentativa del hecho principal fundamenta lo injusto de peligro, pues lesiona la pretensión de respeto derivada del bien jurídico no de forma final pero sí neutra, mas no actúa dolosamente mientras no haya captado con dolo eventual la lesión del bien jurídico.

De nuevo se debe insistir en la idea de que para poder fundamentar lo injusto de la tentativa es preciso que el sujeto obre con voluntad orientada a la consumación, y por lo

(214) KÜPER, "Der agent provocateur", 334.

(215) KÜPER, "Der agent provocateur", 334.

tanto a la lesión plena del bien jurídico. Y desde el momento en que el agente provocador carece de dicho momento subjetivo, al insertar medidas precautorias tendentes a la evitación de todo riesgo para el bien tutelado, no hay base alguna para fundamentar lo injusto de las formas imperfectas de ejecución. En consecuencia es insostenible la tesis de PLATE según la cual cuando el comportamiento del agente provocador aspira a que se de principio la ejecución del hecho origina ya un injusto de peligro. Insisto en que tal injusto de peligro sólo puede fundamentarse en el caso de que el sujeto obre con voluntad orientada a la plena lesión del bien jurídico(216).

D.- Recapitulación. Exámen particularizado de diversos supuestos.

Llegados a este punto en el análisis del comportamiento del agente provocador que obra como inductor, conviene hacer una síntesis de lo expuesto en el presente capítulo antes de iniciar el exámen de un conjunto de casos que propiamente entran dentro del entorno del tema. La respuesta que en cada caso se formule será de conformidad con las conclusiones a las que se ha llegado en las páginas anteriores.

(216) Cfr. OTTO, "Straflose Teilnahme?", 215 s., quien advierte que desde el momento en que lo injusto que fundamenta la pena en la participación se deriva de la voluntad del partícipe de lesionar el bien jurídico, el agente provocador permanece impune, pues su voluntad no está orientada a la consumación del delito, ni por ello a la lesión del bien jurídico. Existe, continúa, sólo un peligro aparente, al no poderse realizar dicha lesión. EL MISMO, Grundkurs, 267. Cfr. SCHMIDHAUSER, AT, 555 s.

En la conducta del agente provocador subyace una estructura contradictoria al obrar sin voluntad de producir el desvalor que fundamenta lo injusto del tipo afectado, sino con la única intención de que otro copartícipe se haga responsable criminalmente. Esta estructura origina una inconsecuencia sistemática en el análisis dogmático penal de su comportamiento cuando realiza una conducta inductora, pues si por una parte hace surgir la resolución criminal en otra persona, al tiempo carece de intención de resultado y por ello mismo de voluntad de lesionar el bien jurídico afectado. No obstante tal estructura contradictoria no puede deducirse sin más de un mero contraste entre los deseos del agente provocador y el comportamiento realizado. Para que adquiriera relevancia jurídico penal es preciso que la falta de voluntad orientada a producir el desvalor de lo injusto sea operativa al ir acompañada de otros momentos que si bien no dan base suficiente para excluir en términos absolutos y de forma apriorística la lesión del bien jurídico, al menos de acuerdo con la voluntad exteriorizada del agente provocador no debe tener lugar(217). Por eso quedan excluidos del marco de este estudio aquellos supuestos en los que el sujeto desde un principio quiere la consumación del delito aunque obre movido por el único fin de hacer que otro copartícipe se haga responsable criminalmente. Cosa diferente es que en contra de lo previsto y querido por el agente provocador sobrevenga la consumación. Consecuentemente, lo que caracteriza conceptualmente al agente provocador es la ausencia de voluntad de producir el desvalor de lo injus

(217) Cfr. HEILBORN, Der agent provocateur, 9.

to del tipo afectado por su comportamiento. Tal sucede, cuando tras haber realizado objetivamente un comportamiento inductor se interviene con posterioridad para evitar la consumación; cuando sólo se aspira a la llamada consumación formal; cuando nos encontramos ante un episodio de delito imposible, etc. De ahí que la doctrina de forma un tanto forzada, y desde luego sin base dogmática alguna, piense que el agente provocador sólo tiene voluntad de tentativa, no de consumación; y a la vez haga del dolo exigido por la inducción con respecto al resultado (dolo de consumación), el punto sobre el que se asienta la discusión en torno a si el agente provocador debe o no ser castigado. La respuesta que la opinión dominante da a este respecto es apriorística al considerar que si el agente provocador no obra con voluntad de consumación carece del dolo exigido por la inducción.

El planteamiento mantenido en este estudio invierte los términos de la cuestión al entender que no hay base dogmática alguna para poder afirmar que el agente provocador obra con voluntad de tentativa y no de consumación, al requerirse en ambos casos una dirección volitiva referida al resultado del hecho principal. Por eso si el agente provocador no obra con voluntad de consumación, al tiempo carece de voluntad de tentativa o frustración. De ahí que en estas páginas se mantenga que conceptualmente lo que caracteriza al agente provocador es obrar sin voluntad de producir el desvalor que fundamenta lo injusto.

No obstante esa carencia volitiva con respecto al desvalor de lo injusto, el agente provocador realiza objetiva-

mente una conducta inductora y su comportamiento puede significar una contribución a la lesión de un bien jurídico. Por eso previamente a cualquier consideración sobre un momento volitivo que la sistemática penal sitúa en el dolo, es preciso examinar si la conducta del agente provocador puede ser sometida a un juicio de desvalor por haber contribuido efectivamente a la lesión o peligro de un bien jurídico. Es decir, si se dan los presupuestos que fundamentan la extensión de la pena en la participación, de acuerdo con el punto de vista mantenido por la teoría de la co-causación de la lesión del bien jurídico (Verursachungstheorie restrictiva). Sólo en un segundo momento deberá examinarse si además el comportamiento del agente provocador se atiene a las exigencias del principio de culpabilidad(218). Ciertamente que la inducción requiere que el resultado del hecho principal sea captado por el dolo del inductor, en primer lugar debido a la relación funcional y sistemática existente entre tipo de delito, participación y tentativa, y en segundo lugar por la imperiosa necesidad de respetar el principio de culpabilidad, pues de otro modo se regresaría a la aceptación de una responsabilidad por el resultado. Por eso si se llega a demostrar que el agente provocador carece de tal dolo, no puede ser castigado como inductor. Pero se insiste en que esa consecuencia debe ser el resultado del análisis a que es necesario someter el comportamiento del agente provocador y no el presupuesto.

(218) La sistemática que sitúa el dolo en el tipo de los delitos dolosos, de igual modo deberá comprobar si el agente provocador ha realizado el tipo objetivo, seguramente que con carácter previo, en el plano fáctico, a si se dan los extremos requeridos por el tipo subjetivo.

Cuando se hace del dolo el punto de referencia para definir al agente provocador se están confundiendo las cuestiones conceptuales con las de responsabilidad.

Es cierto que difícilmente podrá decirse que el agente provocador carece de voluntad de consumación cuando hace surgir la resolución criminal en otra persona y no tiene previsto intervenir con posterioridad para evitar la consumación, aunque obre movido persiguiendo como único objetivo que la persona del inducido se haga responsable criminalmente. Así ya lo entendía GLASER cuando indicaba que si alguien instiga a otro a cometer un delito tan sólo para obtener su castigo, no hay fundamento alguno para excluir su castigo, sino concurren otras circunstancias (219). Por eso añadía que la consecución de ese objetivo en nada altera el que de hecho concurren la totalidad de las características fundamentadoras del tipo objetivo y subjetivo de la instigación al delito(220). Así si alguien instiga al padre o al marido a cometer un delito con el único fin de poder disfrutar de la hija o de la mujer, mientras aquellos se encuentran en prisión; o modo más amplio, quien induce a una persona a delinquir con el fin de poner en manos de la justicia un criminal y así prestar un servicio a la sociedad, no por ello debe quedar exento de responsabilidad, "pues el fin no puede justificar los medios empleados -concluye GLASER- y además es natural que la sociedad tenga

(219) Cfr. GLASER, "Zur Lehre vom Dolus", 34.

(220) GLASER "Zur Lehre vom Dolus", 34.

mucho más interés en que no se cometa ningún delito a que sea castigado un delincuente"(221).

Con estas precisiones se quiere de nuevo resaltar que no puede obrarse con generalizaciones ni aportar soluciones apriorísticas sino que es preciso contemplar individualizadamente caso por caso.

En las siguientes páginas se examinan un conjunto de supuestos que propiamente entran en el entorno del tema del agente provocador como consecuencia, en primer término, de la ausencia de voluntad de producir el desvalor que fundamenta lo injusto del tipo afectado por su comportamiento, y en segundo término al obrar persiguiendo como único objetivo inmediato que la persona del inducido resulte responsable criminalmente.

Tal sucede cuando el agente provocador interviene oportunamente, con posterioridad a la conducta inductora, para evitar que el hecho principal progrese hasta la consumación.

A este respecto es necesario distinguir los distintos supuestos así como también los diferentes estadios de progresión delictiva.

1.- Arrepentimiento activo y desistimiento voluntario de consumir el delito.

Si el agente provocador interviene con anterioridad a superarse por el ejecutor los actos preparatorios del hecho

(221) GLASER, "Zur Lehre vom Dolus", 34. Cfr. GEYER, "Theilnahme Mehrerer", 350.

principal, la falta de responsabilidad se deberá a la inexistencia de tal hecho principal del que derivar lo injusto de la participación, de acuerdo con el carácter accesorio de ésta. En rigor para este caso no son técnicamente aplicables las reglas propias del arrepentimiento activo o del desistimiento, pues como inmediatamente se verá, en ambos casos se requiere, por un lado voluntad de cometer el delito y por otro que se hayan superado el límite de los actos preparatorios. Aquí en realidad el arrepentimiento del inductor, al eliminar el influjo psíquico en el inducido o al impedir que el autor principal realice actos de ejecución, no opera como causa determinante de su impunidad, sino que ésta, se insiste, deriva más bien de la ausencia del hecho principal(222).

No es este, por tanto, el caso que ahora interesa analizar, sino aquellos otros en los que el arrepentimiento o el desistimiento del inductor se pone en relación no ya con su actividad inductora -eliminando el influjo psíquico o impidiendo los actos ejecutivos de autor-, sino con la progresión del hecho principal hasta la consumación.

Para mejor ilustrar el planteamiento que se mantiene en estas páginas se puede partir del siguiente ejemplo extraído en sus líneas generales del propuesto por PLATE(223). En una playa del mar Báltico de modo sorprendente aumentan

(222) Cfr. RODRIGUEZ MOURULLO, en Comentarios, I, 862; STRATENWERTH, "Der agent provocateur", 718.

(223) Cfr. PLATE "Zur Strafbarkeit des agent provocateur", 306 s. Debe advertirse que Plate da un final diferente al caso, pues cuando P se dirige al lugar de los hechos, su coche se queda sin gasolina, lo que motiva que llegue a pie y parde a la vivienda de M. No obstante comprueba que M ha desistido de realizar el cruce, debido al mal tiempo, por lo que A y B, tras entrar en la vivienda, huyen sin llevar botín alguno.

los robos en las viviendas de los veraneantes. Para evitar cualquier alarma que pudiera ahuyentar a éstos, el hecho no se pone en conocimiento de la policía local sino que se confía a un joven y moderno detective privado (P). Este pronto sospecha que los jóvenes A y B no deben ser ajenos a la banda de ladrones por lo que busca su amistad, y una noche les hace saber que un determinado veraneante, M, va a ausentarse de la localidad durante un par de días para realizar un cruzero con su yate. A y B agradecen a P la confidencia. P a la noche siguiente, sin haber comunicado a nadie el plan trazado, se dirige a la vivienda de M a fin de sorprender a A y B y detenerlos, como en efecto sucede, cuando éstos se encontraban ya en el interior de la casa.

En el ejemplo aparecen claramente reflejada la estructura contradictoria del comportamiento del agente provocador P manifestada por la ausencia de voluntad de producir el desvalor de lo injusto del tipo afectado por su comportamiento(224). Sólo de una forma muy forzada podría decirse que P nada más quiere la tentativa. Realmente si no quiere la consumación del delito, carece al tiempo de voluntad de tentativa, al requerir tanto una como otra un momento volitivo orientado a la consecución del resultado del hecho principal. No obstante la conducta del agente provocador P no sólo es determinante de la resolución criminal en A y B,

(224) No debe pasarse por alto que el partícipe no precisa obrar con la tendencia, intención, disposición anímica... (elementos subjetivos de lo injusto) que requieren determinados tipos de delito. Es bastante que sepa concurrir en el autor. Cfr. a este respecto, RODRIGUEZ DEVESA, Derecho penal español, Parte general, 693 s.; RODRIGUEZ MOURULLO, en Comentarios, I, 848 y 852.

sino que además éstos proceden a realizar unos actos constitutivos de una tentativa de robo. ¿Cabría fundamentar, a cargo de P, una responsabilidad a título de inducción en un delito de robo en grado de tentativa?

En la literatura penal se ha utilizado a veces un argumento a maiore ad minus para justificar en estos casos la falta de responsabilidad del agente provocador. Así se dice que si el inductor queda exento de pena cuando se arrepiente activamente de su acción y anula el influjo psíquico o evita el resultado del delito, otro tanto habría que hacer con quien desde un principio sólo quiere que el autor realice la tentativa del hecho principal y por ello impide efectivamente el comienzo del resultado(225).

Este planteamiento, sin embargo, no es convincente. Con toda corrección la doctrina penal admite, de forma general, que si el legislador ha previsto la posibilidad de dejar exento de pena al ejecutor que se arrepiente activamente de su acción o desiste de continuar el delito, y evita su consumación, otro tanto cabe aplicar al partícipe en igualdad de circunstancias(226). Por lo que respecta a nuestro derecho positivo, nada se opone a la aplicación al partícipe de las reglas propias del desistimiento voluntario,

(225) De este argumento se sirve, entre otros, KATZENSTEIN, "Der agent provocateur", 407 ss. Cfr. GLASER, "Zur Lehre vom Dolus", 37; HEILBORN, Der agent provocateur, 122; DEUBERT, Der agent provocateur, 36 ss. DOPFFEL, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des agent provocateur, 60 ss.; KORN, Der Vorsatz, 28 ss.; STRATENWERTH, "Der agent provocateur", 718; KARGE, Der agent provocateur, 29

(226) Cfr. por todos, RODRIGUEZ DEVESA, Derecho penal español. Parte general, 695.

y del arrepentimiento activo previstas en el art. 3 del Código penal. Y ello con independencia de si el fundamento de tal exclusión deriva como cree con RODRIGUEZ MUÑOZ la generalidad de la doctrina española(227), de la ausencia de tipicidad, al considerar que la falta del arrepentimiento activo en la frustración y la falta del propio y voluntario desistimiento en la tentativa operan como elementos negativos del tipo; o bien que deriva, como acertadamente ha expuesto MUÑOZ CONDE, de la anulación que se opera en el propio motivo por virtud del cual se extiende la pena en las formas imperfectas de ejecución, al desaparecer tanto la voluntad mala exteriorizada, como la puesta en peligro del bien jurídico afectado(228).

Adviértase que el arrepentimiento o desistimiento que ahora se está analizando no va referido a la propia determinación de la resolución criminal -lo que se traduciría en una eliminación del influjo psíquico o en una evitación del comienzo de los actos ejecutivos- sino al desarrollo del hecho principal. Ello implica que el autor haya superado el umbral de los actos preparatorios y nos encontremos ante actos ejecutivos en sentido técnico. Ahora bien, ¿se dan los presupuestos requeridos por el arrepentimiento activo propio del delito frustrado o los exigidos por el desisti-

(227) RODRIGUEZ MUÑOZ, Notas, II, 270 ss. Cfr. en el mismo sentido, ANTON ONECA, Derecho penal, I, 411; JIMENEZ DE ASUA, Tratado, VII, 830; DEL ROSAL, Tratado, II, 321; QUINTANO, Curso, I, 230; CORDOBA, Notas, II, 200 n. 10; RODRIGUEZ MOURULLO, en Comentarios, I, 98.

(228) MUÑOZ CONDE, El desistimiento, 37, 63 ss. y 136; EL MISMO, "Theoretische Begründung und systematische Stellung der Straflosigkeit beim Rücktritt vom Versuch", en ZStW, 1972, 761 s.

miento en la tentativa, cuando el agente provocador evita la consumación del hecho principal?. Adelanto mi opinión dando una respuesta negativa.

No sin cierta razón advierte STRATENWERTH, que quien desde un principio sólo quiere participar en una tentativa, en rigor no desiste cuando impide la consumación del delito; por eso sólo cabría hablar en estos casos de un desistimiento -continúa STRATENWERTH- cuando el sujeto, en contra de su resolución primitiva, evita ya la propia tentativa(229). Pero entonces, como indicaba anteriormente, el motivo por el cual no se puede castigar al inductor no resulta de la apreciación del arrepentimiento o desistimiento, sino de la falta de un hecho principal del que derivar lo injusto.

Otros son los errores de sistema en los que se incurre cuando se pretende aplicar al agente provocador, que evita el resultado del hecho principal, las reglas del arrepentimiento activo o del desistimiento.

Se acaba de decir que tanto la tentativa como la frustración son causas de extensión de la pena. El motivo de su castigo consiste en la exteriorización de una voluntad mala dirigida a la comisión de un delito, que se traduce en una puesta en peligro de bienes jurídicos(230). El desisti

(229) STRATENWERTH, "Der agent provocateur", 718. El hecho podría incluirse en el antiguo parágrafo 49 a del StGB alemán. Cfr. TRECHSEL, Der Strafgrund der Teilnahme, 96

(230) MUÑOZ CONDE, El desistimiento, 39 y 136; EL MISMO, "Theoretische Begründung", 761; CEREZO, Lo objetivo y lo subjetivo en la tentativa, 11 y 28 ss.

miento en la tentativa y el arrepentimiento activo en la frustración operan, como indica MUÑOZ CONDE, eliminando tanto el momento subjetivo, representado por la voluntad mala exteriorizada, como el objetivo, al suprimirse la situación de peligro, y con ello la probabilidad de que sobrevenga el resultado que la ley pretende avitar(231). De estas precisiones se deduce que requisito previo para poder apreciar el arrepentimiento y el desistimiento es la presencia en el sujeto de esa voluntad dirigida a cometer el delito que pone en peligro bienes jurídicos. Entender otra cosa sería tanto como proyectar la dirección del arrepentimiento y del desistimiento hacia el vacío, pues dificilmente puede uno arrepentirse o desistir de lo que nunca quiso realizar.

Basta reparar en lo que se acaba de exponer para advertir inmediatamente que existe una incompatibilidad sistemática entre los presupuestos sobre los que se asienta el arrepentimiento o el desistimiento y la conducta del agente provocador. A éste lo que le caracteriza es la ausencia de voluntad de producir el desvalor que fundamenta lo injusto del tipo afectado por su acción provocadora, y por ello inserta medidas precautorias o de garantía tendentes a la evitación de todo riesgo para el bien jurídico. Ello quiere decir, por tanto, que carece de intención de cometer el delito, o lo que es lo mismo, del momento subjetivo requerido por la tentativa, por lo que al faltar uno de los presupuestos de ésta, difícilmente se podrá apreciar el desistimiento que según se ha dicho opera eliminando la

(231) MUÑOZ CONDE, El desistimiento, 39.

propia causa de extensión de la pena: si el agente provocador no quiere cometer delito alguno, tampoco podrá desistir de llevarlo a cabo, aunque en apariencia haga como si evita el resultado del hecho principal. En definitiva, al no existir voluntad de cometer el hecho no se da uno de los requisitos requeridos por la tentativa y la frustración, lo que desde el punto de vista del arrepentimiento y desistimiento significa su imposibilidad de apreciación.

Adviértase que no se trata de negar la aplicación al agente provocador que evita el resultado del hecho principal del beneficio del arrepentimiento o desistimiento -al modo del Reichsgericht alemán con relación al delito imposible-(232), sino antes bien evitar su aplicación partiendo de un planteamiento próximo a un derecho penal basado en la responsabilidad por el resultado. Y ello porque si el agente provocador, que evita la consumación, carece desde un principio de intención de cometer el delito, difícilmente podrá apreciarse el arrepentimiento o desistimiento como acción de regreso.

En conclusión: La tentativa y la frustración son causas de extensión de la pena cuyo fundamento se encuentra en la exteriorización de una voluntad mala que pone en peligro el bien jurídico. A su vez la impunidad que se deriva del desistimiento y del arrepentimiento activo encuentra su razón de ser en la anulación que operan en las propias

(232) En síntesis, el argumento al que acudía el RG alemán para excluir el desistimiento de la tentativa inidónea, era que no se puede evitar lo que es imposible producir. Cfr. a este respecto MAURACH, Tratado, II, 210.

causas de extensión de la pena en las formas imperfectas de ejecución, pues por una parte desaparece el momento subjetivo, es decir la intención de cometer el delito, y por otra el objetivo, al eliminarse la probabilidad de que tenga lugar un resultado lesivo. Por ello la impunidad en el arrepentimiento y en el desistimiento, con palabras de MUÑOZ CONDE, es "el reverso de las formas imperfectas de ejecución"(233); o lo que es lo mismo, requieren como presupuesto, para poder ser aplicadas, la existencia previa de los requisitos por los cuales se extiende la pena a la tentativa y frustración. Ciertamente que el agente provocador, en el ejemplo citado, evita la consumación del delito, y con ello objetivamente realiza una supuesta acción de arrepentimiento o desistimiento, pero al carecer, desde un principio, de voluntad de delinquir, no obra con la intención requerida por la tentativa y frustración, lo que desde, el punto de vista del arrepentimiento o desistimiento motiva su imposibilidad de aplicación.

Así también lo entiende KARGE cuando indica que previamente a si cabe apreciar en el comportamiento del agente provocador los efectos del arrepentimiento o desistimiento, es preciso demostrar que obra de forma responsable(234).

En consecuencia, si al agente provocador del ejemplo propuesto no se le puede hacer responsable criminalmente como inductor de un delito que alcanza el estadio de la tentativa

(233) MUÑOZ CONDE, El desistimiento, 136.

(234) KARGE, Der agent provocateur, 30. En contra HEILBORN, Der agent provocateur, 114 s.: "El agente provocador no está exento de pena por la evitación del resultado, cuando el delito permanece en el estadio de la tentativa"; DEUBERT, Der agent provocateur, 39.

tativa o de la frustración, tal cosa no se debe a la concu
rrencia de un supuesto desistimiento o arrepentimiento, si
no antes bien, según se verá inmediatamente, a que su con
ducta no fundamenta un comportamiento típicamente antijurí
dico; y no lo fundamenta porque ni se dan los presupuestos
que originan lo injusto de las formas imperfectas de ejecu
ción, ni tampoco los presupuestos por virtud de los cuales
se castiga al partícipe. Está claro que si se llega a la
conclusión de que el sujeto obra con voluntad de delinquir,
lo que desde el punto de vista del dolo supone que cuando
menos eventualmente ha previsto y contado con la consuma
ción del hecho, el arrepentimiento o desistimiento encuen
tran plena aplicación, y serían determinantes de su impu
nidad si evita el resultado del hecho principal en las con
diciones exigidas por el art. 3 del Código penal(235).

(235) Según RODRIGUEZ MOURULLO, en Comentarios, I, 862, ca
be la posibilidad de apreciar una provocación a delinquir
del art. 4 cuando el influjo psíquico se anula de forma no
voluntaria. Por su parte PLATE, "Zur Strafbarkeit des a
gent provocateur", 314 s. considera factible en el derecho
alemán, aplicar los efectos del desistimiento también en
el caso de ^{que} quien evita la consumación no sea el propio su
jeto, sino un tercero que incluso obra por su cuenta. Por
eso en el ejemplo al que se alude en la nota 223, aunque
el resultado no tiene lugar como consecuencia de la presen
cia en la vivienda de su dueño M, bien que no exista nin
guna conexión entre M y P, en todo caso beneficia a este
último pues a juicio de PLATE es suficiente "un empeño se
rio" dirigido a impedir la consumación que finalmente evi
ta un tercero. Por mi parte pienso que con relación al
Derecho español existen fundadas dudas para suscribir es
te pensamiento, pues si no existe conexión alguna entre
M y P, la consumación del delito no entra en la órbita
del desistimiento sino que es la característica que defi
ne a la tentativa: el delito no se consuma por causas que
no son el propio y voluntario desistimiento de los suje
tos, que de uno u otro modo contribuyen a la comisión del
delito, sino por la presencia de M en la vivienda.

No creo, sin embargo, que tanto en estos casos como en aquellos otros en los que elimina el influjo psíquico o evita que se supere el límite de los actos preparatorios por parte de la persona del inducido, quepa, sin más, apreciar una provocación a delinquir del art. 4. Incluso en el supuesto de que elimine el influjo psíquico de forma no voluntaria, será preciso, en todo caso, examinar si se dan los requisitos por virtud de los cuales se castiga la provocación a delinquir del art. 4. Según se dijo en su momento, el fundamento de la extensión de la pena en la provocación a delinquir es la general peligrosidad del medio empleado para captar la voluntad ajena. No existiendo tal peligrosidad, por tratarse de una inducción llevada a cabo, según exigencia legal, por un medio de captación directo, desaparece el propio fundamento de la pena en la provocación a delinquir del art. 4.

2.- Presupuestos sistemáticos y funcionales que fundamentan la irresponsabilidad criminal del agente provocador que evita la lesión del bien jurídico.

En el apartado anterior se ha rechazado que la irresponsabilidad del agente provocador, cuando induce a otro a cometer un delito y evita que se produzca la lesión del bien jurídico, pueda derivarse de la concurrencia de un desistimiento voluntario o de un arrepentimiento activo. Y se ha rechazado porque para poder apreciar el desistimiento o el arrepentimiento previamente hay que constatar, como presupuesto, que se dan los requisitos -voluntad exteriorizada de cometer el delito y puesta en peligro del bien jurídico-

por virtud de los cuales resultan punibles las formas imperfectas de ejecución. Pues si el arrepentimiento y el desistimiento operan anulando la propia causa de extensión de la pena en la frustración y la tentativa, el primer requisito exigido es que el sujeto haya exteriorizado una voluntad de cometer el delito que origina, a su vez, la puesta en peligro de un bien jurídico. ¿Se dan estos requisitos en el comportamiento del agente provocador que induce a otro a cometer un delito y toma las medidas de garantía pertinentes para evitar que sufra menoscabo alguno el bien jurídico?

A lo largo de estas páginas se ha venido insistiendo en la idea de que el comportamiento del agente provocador se caracteriza, conceptualmente, por la ausencia de voluntad de lesionar el bien jurídico afectado, al no querer que se produzca el desvalor que fundamenta lo injusto del delito en cuestión; y por eso mismo, adopta las precauciones pertinentes, que, en el caso que ahora nos ocupa, trae como consecuencia la evitación de la consumación del hecho. Resulta entonces que el agente provocador, por un lado carece de intención de cometer el delito, y por otro su intervención motiva que no sufra riesgo alguno el bien jurídico: la imposibilidad de fundamentar una pena por el hecho que sólo alcanza el estadio de las formas imperfectas de ejecución derivará, entonces, de que su comportamiento no origina ni lo injusto de la tentativa o de la frustración, ni tampoco lo injusto por obra del cual se extiende la pena en la participación.

Por lo que respecta a esta última cuestión, de acuerdo con la teoría de la contribución al ataque del bien jurídico

(restrikve o modifizierende Verursachungstheorie) el motivo el cual se extiende la pena al partícipe -en este caso al inductor- es que su comportamiento significa una auténtica y real contribución a la lesión o puesta en peligro del bien jurídico. Por ello desde el punto de vista del dolo significa que el partícipe debe obrar con voluntad de lesionar el bien jurídico, o si se quiere, de consumir a través del autor, el hecho (dolo de consumación); ésto precisamente es lo que no quiere el agente provocador, y por este motivo no contribuye efectiva ni eficazmente al ataque del bien jurídico -todo lo contrario lo entorpece-, ni tampoco permite que se alcance el estadio de la consumación al haber adoptado las medidas asegurativas oportunas. Todo ello quiere decir, según se expuso en su momento, que ni sistemática ni funcionalmente la supuesta conducta inductora del agente provocador fundamenta lo injusto de la participación criminal.

Al mismo resultado se llega cuando se pone en conexión el comportamiento del agente provocador con el fundamento de la pena en las formas imperfectas de ejecución. Desde el punto de vista del elemento subjetivo se requiere voluntad de realizar el ~~hecho~~; y desde el punto de vista objetivo, la puesta en peligro del bien jurídico. Debido a la relación sistemática y funcional existente entre tipo de delito, tipo de participación y tentativa, en su momento se vió que necesariamente también el inductor debía obrar con voluntad orientada a la plena lesión del bien jurídico. Por ello, si el agente provocador adopta las medidas de garantía pertinentes para evitar todo riesgo al bien jurídico,

como de hecho así se comprueba, su comportamiento no fundamenta lo injusto por virtud del cual se extiende la pena en la tentativa o en la frustración. El motivo debido al cual no se puede castigar al agente provocador que incita a otro a cometer un delito y sólo permite que alcance el estadio de la tentativa consiste en que su conducta no fundamenta lo injusto de las formas imperfectas de ejecución.

3.- La tentativa cualificada.

Todavía con relación a aquellos supuestos en los que el agente provocador evita la consumación del delito es preciso tener presente si cabe fundamentar una responsabilidad criminal a su cargo, no ya con referencia al delito propuesto por el autor, sino con respecto a los posibles delitos contenidos, dentro del comportamiento parcialmente realizado, como hechos punibles consumados; tales son los casos constitutivos de la llamada tentativa cualificada(236). La doctrina a este respecto generalmente acepta que si bien el arrepentimiento activo o ^{el}/desistimiento determinan la impunidad del delito proyectado, no sucede lo mismo con relación a los actos parcialmente realizados constitutivos de un delito consumado(237). Así, por ejemplo, se desiste del delito de estafa, pero el medio engañoso ya implica una falsedad documental; se desiste del robo con fuerza en las cosas, pero los daños ocasionados integran un delito de esta clase, etc.

(236) MAURACH, Tratado, II, 211. Cfr. JESCHECK, AT, 443 s. RODRIGUEZ MOURULLO, en Comentarios, I, 137.

(237) Cfr. WELZEL, Strafrecht, 199; JESCHECK, AT, 443 s; WESSELS, AT, 116; SCHÖNKE-SCHRÖDER-ESER, Strafgesetzbuch, 312; SCHMIDHAUSER, AT, 640; STRATENWERTH, AT, 212.

Pienso que no puede obrarse en esta materia con soluciones apriorísticas ni con generalizaciones. La respuesta que en cada caso se formule deberá estar en función de las exigencias sistemáticas y dogmáticas requeridas tanto por el tipo-fin como por el tipo-medio fundamentador de la tentativa cualificada. En primer término habrá que examinar si el arrepentimiento o desistimiento cabe referirle no sólo al delito-fin sino también al delito-medio. Por ello si se considera que el arrepentimiento y el desistimiento operan como efectos negativos del tipo, será preciso analizar, como indica RODRIGUEZ MOURULLO, si a su vez produce el efecto de eliminar la propia tipicidad del delito-medio (238). De igual modo, si por el contrario se entiende que el motivo de la impunidad es la anulación de la voluntad mala exteriorizada que pone en peligro bienes jurídicos -según opina MUÑOZ CONDE(239)- se requerirá examinar si alcanza también a la tentativa cualificada.

Realmente las mayores dificultades se plantean -y aquí es donde propiamente cabe hablar de una tentativa cualificada- cuando el delito-medio ya está consumado y por tanto técnicamente no cabe desistir o arrepentirse activamente del mismo.

De nuev~~os~~es preciso insistir en la necesidad de respetar el principio de culpabilidad, y si con respecto al delito-medio no existe la culpabilidad adecuada a las exigencias de la dogmática jurídico penal para imputar el hecho

(238) RODRIGUEZ MOURULLO, en Comentarios, I, 139.

(239) MUÑOZ CONDE, El desistimiento, 63 ss. y 136 s.

(tentativa cualificada) a título de dolo o en su caso de culpa, en modo alguno se podrá poner a cargo del sujeto. De otro modo se estaría imputando un hecho -bien sea a título de dolo o de culpa- con una fundamentación ajena al principio de culpabilidad, y por ello en conexión con la responsabilidad por el resultado. Por eso con plena razón RODRIGUEZ MOURULLO advierte que en materia de tentativa cualificada "deberá observarse escrupulosamente la exigencia, no siempre respetada en la práctica, de que concurra la culpabilidad adecuada a la figura de delito, cuyo tipo objetivo satisfacen los actos ejecutivos realizados"(240). De ahí que MAURACH muestre sus discrepancias -a cuyo parecer se suman CORDOBA RODA y RODRIGUEZ MOURULLO- a la hora de apreciar una tentativa cualificada en el caso en que se desista del delito de homicidio, y los actos ejecutivos hasta entonces realizados sean constitutivos de lesiones, pues "el dolo homicida excluye conceptualmente el dolo de malos tratos"(241).

Con referencia al problema en concreto del agente provocador que obra como supuesto inductor, el tema de la tentativa cualificada se plantea en términos semejantes a los hasta ahora estudiados. Frecuentemente la doctrina apela a un supuesto semejante al que se ha tomado como punto de partida y se formula la pregunta de si, eliminada la responsabilidad criminal del agente provocador por el delito

(240) RODRIGUEZ MOURULLO, en Comentarios", I, 139.

(241) MAURACH, Tratado, II, 211; CORDOBA RODA, Notas, II, 211/212 n. 12; RODRIGUEZ MOURULLO, en Comentarios, I, 139.

de robo, cabría poner a su cargo el delito de allanamiento de morada realizado por el autor(242).

La respuesta ha de realizarse tomando como guía los principios informadores de la dogmática jurídico penal a que me acabo de referir. En primer lugar, por exigencias del principio de accesoriedad, será preciso examinar si el comportamiento del autor es fundamentador de lo injusto penalmente relevante del delito (tentativa cualificada) en cuestión. En segundo término, se comprobará si con referencia al agente provocador, que actúa a título de supuesto inductor, se respeta el principio de culpabilidad. Mientras su dolo no haya captado -al menos condicionalmente- los distintos extremos del tipo objetivo del allanamiento de morada, por referirme al ejemplo planteado, en modo alguno le podrá ser imputado el mismo. La aceptación de una inducción culposa debe descartarse.

Por último la posibilidad de apreciar un dolo de segundo grado, o cuando menos un dolo eventual con respecto al delito-medio, viene sumamente dificultada cuando se tiene en cuenta la especial estructura del comportamiento del agente provocador. Si se parte de la idea de que éste carece de voluntad de producir el desvalor que fundamenta lo injusto del tipo afectado, será difícil poder afirmar que

(242) Cfr. DOPFFEL, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des agent provocateur, 43 s., quien acepta la existencia de dolo eventual, en el agente provocador, con respecto a los daños (en el delito de robo con fractura); o con respecto a las lesiones corporales (en el delito de asesinato)(44). Otro tanto hace JOHANNIEMANN, Die Strafbarkeit des Spitzels, 102 s.; SINGEWALD, Der agent provocateur, 106 y 120. Véase además PLATE, "Zur Strafbarkeit des agent provocateur", 307 n. 44 y 310; SCHMIDHÄUSER, AT, 556.

si bien con respecto al delito-fin no obra con voluntad de cometer el hecho, por el contrario sí quiere la comisión del delito-medio, constitutivo de la tentativa cualificada. No es válido decir que en todo caso el agente provocador tenía que contar con el allanamiento de morada, una vez instrumentada la conducta provocadora. Los argumentos que en otro caso podrían ser válidos para la teoría de la probabilidad en su respuesta al problema del dolo eventual(243), aquí encuentran la dificultad de que el agente provocador no quiere cometer delito alguno, y por ello, no obstante desplegar una conducta inductora, inserta medidas de prevención para que no sufra menoscabo el bien jurídico afectado.

Menos dificultades plantea la teoría del consentimiento o de la voluntad, pues para poder afirmar la existencia de dolo eventual requiere que el sujeto no sólo haya previsto las consecuencias que pueden derivar de su acción, sino además "que las haya efectivamente ratificado en su voluntad de acción"(244). Está claro que el agente provocador no quiere de ninguna manera que sufra menoscabo ningún bien jurídico y con ese fin toma las garantías pertinentes.

De las precisiones expuestas se deduce que no es posible en esta materia obrar con los apriorismos a los que acu

(243) Cfr. GIMBERNAT, "Acerca del dolo eventual", 128 ss.

(244) RODRIGUEZ MOURULLO, en Comentarios, I, 861 n. 82. Cfr. GIMBERNAT, "Acerca del dolo eventual", 130.

de con frecuencia la doctrina al afirmar que si bien no se puede hacer responsable criminalmente al agente provocador por el delito-fin, en todo caso deberá responder de la tentativa cualificada(245). Insisto en la imperiosa necesidad de respetar para tales casos el principio de culpabilidad, y de comprobar particularizadamente si concurren los presupuestos exigidos para poder imputar el hecho.

4.- Delitos de simple actividad y delitos de emprendimiento.

Particular atención merecen aquellos supuestos en los que el comportamiento del agente provocador, que obra como inductor, va referido a la comisión, por parte de la persona del provocado, de un delito de los llamados de simple actividad, o de un delito de emprendimiento.

Bajo la denominación de delito de simple actividad se pueden comprender todas aquellas infracciones criminales en las que la realización de una conducta (acción u omisión), sin exigirse un resultado independiente de ésta en el tiempo y el espacio, supone la plena verificación del tipo(246). Carecen por tanto de resultado entendido como modificación del mundo exterior. Ello no quiere decir que no quepa ha-

(245) Cfr. MAURACH, Tratado, I, 315 s. No se puede establecer relación alguna entre este supuesto y el conocido caso Thomas, donde desde luego es posible apreciar un dolo de segundo grado. Véase a este respecto RODRIGUEZ MUÑOZ, Notas, II, 165 s.

(246) Cfr. RODRIGUEZ DEVESA, Derecho penal español. Parte general, 313. Luis RODRIGUEZ RAMOS, "El resultado en la teoría jurídica del delito", en Cuadernos de política criminal, 1977, 53 s.; JESCHECK, AT, 210 s.; STRATENWERTH, AT, 79.

blar de resultado desde otros puntos de vista(247); pues aún cuando coincidan en el tiempo el comportamiento del sujeto y la verificación del tipo, su dualidad lógica parece evidente.

Desde el punto de vista del bien jurídico, la mera actividad o inactividad supone ya el menoscabo (lesión o peligro) del mismo.

Con respecto a esta categoría de delitos, desde el momento en que la realización del comportamiento da lugar a la verificación del tipo, presenta grandes dificultades técnicas la posibilidad de admitir las formas imperfectas de ejecución. De ahí que generalmente se acepte que la frustración no sea compatible con esta clase de infracciones(248). No sucede lo mismo con la tentativa; en la doctrina alemana frecuentemente se admite la posibilidad de la tentativa en los delitos de mera actividad(249). JESCHECK, por ejemplo, escribe que ésta cabría en aquellos delitos en los que con "la actividad no se consuma con su verificación, sino que precisa de un cierto lapso de tiempo"(250). Entre nosotros

(247) Cfr. MAURACH, Tratado, I, 276; SCHÖNKE-SCHRÖDER-STREE, Strafgesetzbuch, 126; STRATENWERTH, AT, 80; TORIO, "La estructura típica del delito de coacción", 32 s.

(248) Cfr. RODRIGUEZ MOURULLO, en Comentarios, I, 106.

(249) Cfr. por todos MAURACH, Tratado, II, 181.

(250) JESCHECK, AT, 424. Otro caso sería, en opinión de este autor, cuando se acepta erróneamente la concurrencia de una característica típica (tentativa inidónea).

RODRIGUEZ MOURULLO considera que la tentativa en sentido es tricto. podría apreciarse en el caso de "conductas plurisub- sistentes, susceptibles de ser ejecutadas a través de suce- sivos actos"(251).

Ciertamente que una respuesta tajante al respecto en- cierra el riesgo de toda generalización. El examen en con- creto del tipo resulta por ello imprescindible. No obstan- te, puede adelantarse que si se parte del concepto de deli- to de simple actividad antes enunciado, surgen serias difi- cultades dogmáticas a la hora de establecer la relación fun- cional y sistemática con la tentativa de delito. Pues in- cluso en el caso en que sea preciso un cierto espacio de tiempo para hablar propiamente de consumación, o se requie- ran distintos actos susceptibles de ser realizados fraccio- nadamente, se plantea la duda de si tales actos no entran en la categoría de los preparatorios. No se niega la posi- bilidad conceptual de una tentativa, sino que se advierte de su posible inadecuación sistemática en los delitos de simple actividad.

Los delitos de emprendimiento son aquellos que configu- ran como tipos autónomos acciones que, en rigor, son de ten- tativa. A ellos aludía BINDING -en su sistemática el Ver- brechen se consumaba antes que el Delikt- considerándolos inconsecuencias debidas al capricho o ineptitud del legisla- dor(252). Acostumbra a distinguir la doctrina alemana entre delitos de emprendimiento propios y delitos de emprendimien- to impropios. En los primeros están equiparadas en el tipo

(251) RODRIGUEZ MOURULLO, en Comentarios, I, 141.

(252) BINDING, Lehrbuch, BT, I, 13.

legal la tentativa y la consumación(253). En los segundos se precisa la realización de un comportamiento portador de una concreta tendencia, o bien dirigido a la producción de un determinado resultado(254).

Es evidente que en esta especie de delitos en los que se equipara la tentativa a la consumación, o se adelantan de tal forma las barreras de protección que no se espera a la producción del resultado para considerarse ya consumado el delito, hay que descartar la posibilidad de que técnicamente admitan la tentativa(255).

Con referencia al tema del agente provocador, los delitos de pura actividad -al menos aquellos que no admitan la tentativa- y los de emprendimiento, presentan problemas comunes; pues si se induce a realizar una infracción de esta especie, en principio parece que el sujeto deberá contar, en todo caso, con su verificación y, por ello, con su consumación. De ahí que los monografistas del tema generalmente consideren que el agente provocador que determina a otro a realizar una de estas infracciones, incurre en responsabi

(253) Cfr. JESCHECK, AT, 214. Dentro de esta categoría de delitos pueden citarse en nuestro Código penal, los artículos 135, 142, 154, etc. Véase POLAINO, Los elementos subjetivos del injusto, 315.

(254) Cfr. JESCHECK, AT, 214; RUDOLPHI, en Systematischer Kommentar, I, 68. A esta especie pertenece el art. 163 del Código penal. Cfr. RODRIGUEZ DE VESA, Derecho penal español. Parte especial, 622: "Por razones obvias, el legislador no espera para sancionar estas conductas a que se produzca el resultado, la modificación pretendida. Basta con llegar al estadio de la tentativa para que el delito se dé por consumado".

(255) Así, por todos, JESCHECK, AT, 426, destacando que es imposible la tentativa de la tentativa.

lidad criminal(256). DOPFFEL al aludir a los delitos de me
ra actividad advierte que "aquí también alcanza... al agen-
te provocador la pena de la instigación (...); por tanto el
dolo exigido al instigador está aquí presente"(257). Por
su parte HEILBORN, con respecto a los delitos puros de ten-
tativa, se manifiesta en términos semejantes: "En los deli-
tos de tentativa es punible todo agente provocador como ins-
tigador, aun cuando sólo quiera la lesión formal de la ley,
de hecho sólo una tentativa"(258).

Por mi parte debo señalar que, en rigor, existe cierta
contradicción entre los presupuestos de los que se parte en
este estudio, y la inducción a realizar uno de los delitos
anteriores.

Se ha dicho que conceptualmente lo que caracteriza al
agente provocador es obrar sin intención de producir el des-
valor de lo injusto del tipo afectado por su conducta provo-
cadora. No obstante, tal carencia volitiva no queda refle-
jada en un simple deseo; se exige que por mediación inmedia

(256) Cfr. PLATE "Zur Strafbarkeit des agent provocateur",
316 s.; CALIFANO, L'agente provocatore, 44: "En tales hipó-
tesis, el agente provocador responderá del delito consuma-
do, apenas el provocado haya desarrollado la conducta".

(257) DOPFFEL, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des
agent provocateur, 42.

(258) HEILBORN, Der agent provocateur, 92. En igual senti-
do SINGEWALD, Der agent provocateur, 107: "En estos casos
el agente provocador es por regla general punible". Cfr.
además, GEYER, "Theilnahme Mehrerer", 350, quien indica que
el agente provocador se hace responsable criminalmente cuan-
do el delito "debido a su objeto ideal, no admite una dis-
tinción entre consumación formal y material, como por ejem-
plo en la blasfemia".

ta o mediata del agente provocador, si bien no se elimina en términos absolutos la lesión o peligro del bien jurídico, de acuerdo con su voluntad no debe sufrir ningún menoscabo. Por ello se ha descartado desde un principio del entorno del tema, los casos en que el sujeto quiere la consumación del delito aun cuando obre movido por el único fin de obtener la punición de su copartícipe. Desde este punto de vista los casos que propiamente responden al planteamiento de este estudio son los que, una vez desarrollada la conducta provocadora, se trata de evitar la lesión del bien jurídico afectado.

Unas veces tal sucede cuando interviene ya en la tentativa del delito para evitar la consumación, o sólo quiere que tenga lugar la consumación formal, si así lo admite el tipo, al haber adoptado las garantías necesarias para evitar la consumación material, o desde un principio es imposible que se produzca la lesión del bien jurídico...

En los delitos de simple actividad, y en los de emprendimiento, si descartamos la posibilidad de una tentativa, una vez que el sujeto induce a cometer algún delito de esta clase, en principio deberá contar, al menos con dolo eventual, con la verificación del comportamiento por parte del inducido y por ello con su consumación. Consecuentemente si desde un principio cabe apreciar en el inductor un dolo dirigido a la lesión del bien jurídico, el hecho deja de formar parte del problema planteado en este estudio.

Por otro lado no se debe olvidar la idea que se ha expuesto en otras ocasiones: es cierto que en los delitos de simple actividad y en los delitos de emprendimiento, coin-

ciden cronológicamente la exteriorización de la conducta (acción u omisión) y la consumación del hecho. Pero no es menos cierta la dualidad lógica que representa uno y otro momento. Por tal motivo, si el agente provocador induce a otro a cometer una de aquellas infracciones, pero tiene prevista la evitación de todo riesgo al bien jurídico afectado, no será bastante la adecuación formal de la conducta del autor con el tipo, para que éste resulte verificado.

De igual modo, descartada la posibilidad de las formas imperfectas de ejecución, un arrepentimiento activo o desistimiento no sería técnicamente posible al faltar el presupuesto -frustración o tentativa- que motiva su apreciación (259).

Distinto es que el sujeto intervenga para evitar todo principio de ejecución. Está claro que en tal caso no puede ser castigado como inductor al faltar el hecho principal del que derivar lo injusto.

Por último, no obstante lo dicho, debe tenerse en cuenta lo que en páginas posteriores se indica con relación a la llamada consumación formal, así como lo que a continuación se dice sobre los delitos de peligro.

(259) Cosa diferente es que el legislador haya previsto de forma expresa la imposibilidad de imponer una pena a quienes deponen su actividad criminal, al modo por ejemplo de lo previsto en el art. 226 con respecto a los delitos de rebelión o sedición.

5.- Delitos de peligro.

Con respecto a los delitos de peligro también es preciso hacer algunas precisiones. Según se dijo en su momento, HEILBORN consideraba que uno de los cuatro supuestos típicos de agente provocador lo formaban aquellos casos en los que éste instigaba a la persona del provocado a cometer un delito de peligro(260). La referencia de HEILBORN -y la de sus seguidores BEKZADIAN, DEUBERT y KOSTERLITZ- puede estar justificada si nos atenemos al planteamiento del que parte (261). Para estos autores lo que caracteriza conceptualmente al agente provocador es la ausencia de voluntad de producir una lesión material en el bien jurídico.

Por un camino diferente debe ir el estudio de los delitos de peligro de acuerdo con los presupuestos de los que se parten en estas páginas. Si decimos que el agente provocador no quiere que se produzca el desvalor de lo injusto del tipo afectado por su conducta provocadora, en los delitos de peligro -ya sean de peligro concreto o de peligro abstracto- tal carencia volitiva será preciso ponerla en relación con la propia situación de peligro fundamentadora de lo injusto. La situación de peligro, es decir la probabilidad de que sobrevenga la lesión de un bien jurídico, constituye el presupuesto y motivo de la pena en los delitos de esta especie. De ahí que tanto los delitos de peligro con-

(260) Cfr. HEILBORN, Der agent provocateur, 7 s.

(261) Cfr. HEILBORN, Der agent provocateur, 3 ss.; BEKZADIAN, Der agent provocateur, 64 ss.; DEUBERT, Der agent provocateur, 1 ss.; KOSTERLITZ, L'agent provocateur, 4 ss.

creto como los de peligro abstracto requieran, en todo caso, la posibilidad de verificación del peligro que con el precepto se pretende evitar(262).

Resulta entonces que si la ausencia de voluntad de producir el desvalor de lo injusto, se trasforma operativamente, por mediación del agente provocador que obra como inductor, en una efectiva imposibilidad de verificación del peligro, queda eliminado el propio fundamento de la pena. Por ello con OTTO se puede decir que, eliminada la posibilidad de realización del peligro, solamente existiría un peligro aparente, insuficiente para originar un juicio de desvalor tanto en los delitos de peligro concreto como abstracto(263).

Por último en los delitos de peligro abstracto de resultado(264), pueden originarse situaciones semejantes a las que dan lugar a una tentativa cualificada, como consecuencia de la intervención del agente provocador para evitar la situación de peligro. En determinados delitos de peligro abstracto de resultado, el comportamiento del sujeto "lesiona un bien jurídico -indica BARBERO SANTOS- y pone coetáneamente en peligro ese mismo bien jurídico u otro diverso"(265). Piénsese en el supuesto previsto en el art.

(262) Cfr. BARBERO SANTOS, "Contribución", 492 ss.; RODRIGUEZ RAMOS, "El resultado en la teoría jurídica del delito", 55 s.

(263) OTTO, "Straflose Teilnahme?", 216.

(264) Cfr. BARBERO SANTOS, "Contribución", 490, quien advierte de la necesidad de distinguir entre delitos de peligro abstracto con resultado o de simple actividad.

(265) BARBERO SANTOS, "Contribución", 491. Cfr. además Antonio BERISTAIN IPIÑA, "El delito de peligro por conducción temeraria", Rev. Der. Cir., 1970, 20 (separata).

548 del Código penal donde se castiga el incendio de un edificio sabiendo que hay personas en su interior. Con la aplicación del fuego se produce un menoscabo lesivo en un bien jurídico (propiedad) -que por otra parte no constituye la esencia ni la razón de ser del tipo- y al mismo tiempo un peligro para la vida o integridad física de las personas(266). Podría pensarse que el agente provocador tras haber instrumentado su conducta inductora si bien evita la situación de peligro con respecto a las personas y con ello desaparece el propio fundamento de la pena en el art. 548, en todo caso habría que hacerle responsable criminalmente por el resultado lesivo constitutivo de un delito consumado independiente. A este respecto me remito a lo expuesto páginas atrás(267). De nuevo hay que insistir en la imprescindible necesidad de comprobar caso por caso si se respeta el principio de culpabilidad.

6.- Consumación del delito en contra de la voluntad exteriorizada del agente provocador.

Por de pronto hay que advertir que el conjunto de problemas que aquí se plantean no guardan relación alguna con el arrepentimiento o desistimiento malogrado(268). Según se dijo anteriormente, desde el momento en que el agente

(266) Cfr. BARBERO SANTOS, "Contribución", 491.

(267) Véase lo que se ha dicho anteriormente para los supuestos de tentativa cualificada, que sería la situación que se plantea aquí también.

(268) Cfr. con relación al desistimiento malogrado, MUÑOZ CONDE, "El desistimiento", 144 ss.

provocador carece del momento volitivo, con respecto al bien jurídico tutelado, requerido por la tentativa y la frustración, desaparece el propio motivo que da entrada a la posibilidad de apreciar un desistimiento o un arrepentimiento activo.

De igual forma, en el caso de que sobrevenga la consumación del delito en contra de lo previsto por el agente provocador, tampoco nos encontramos ante un supuesto de exceso por parte de la persona del inducido. Los episodios en los que tiene lugar un exceso por parte del autor responde a otros puntos de vista(269). El exceso en la inducción se da cuando el inducido procede por su cuenta y realiza un delito más grave o distinto(270). Tal no sucede en la estructura del comportamiento del agente provocador que obra como inductor e interviene activamente en el estadio de la tentativa o frustración pero no logra evitar la consumación, pues carece, en todo caso, de intención de cometer el delito.

Por último tampoco encuentra aplicación al comportamiento del agente provocador que en contra de su voluntad exteriorizada tiene lugar la consumación del delito, la atenuante cuarta del art. 9, ni el párrafo primero del art. 50. Según indica RODRIGUEZ MOURULLO, ninguna de las dos disposiciones son directamente aplicables al inductor pues, tanto el art. 9-4º como el art. 50, se refieren a los ejecutores(271). Pero es que además en el caso concreto del

(269) Así también lo entiende KARGE, Der agent provocateur, 32.

(270) Cfr. RODRIGUEZ MOURULLO, en Comentarios, I, 857 s.

(271) RODRIGUEZ MOURULLO, en Comentarios, I, 859.

agente provocador, si partimos de que carece de voluntad de cometer el delito, difícilmente puede casarse su comportamiento con la "intención de causar un mal" requerida por el art. 9-4* o con la situación en que "el delito ejecutado fuere distinto del que se había propuesto ejecutar", según precisa el párrafo primero del art. 50.

Descartadas estas posibilidades de interpretación ¿Cómo ha de valorarse la conducta del agente provocador que tras haber hecho surgir la resolución criminal en otra persona, interviene activamente para evitar la consumación del delito pero no lo logra?

La doctrina penal puede decirse que con absoluta generalidad admite para estos casos una responsabilidad en el agente provocador a título de culpa(272). Así ya lo reconocía GEYER cuando indicaba que si tiene lugar el mal que el agente provocador no quiere, pero por lo menos podría haber previsto, responde culposamente(273).

Esta solución presenta sin embargo una nueva contradicción, pues difícilmente puede aceptarse una inducción pu

(272) Cfr. QUINTANO, Curso, I, 248; ROBRIGUEZ MOURULLO, en Comentarios, I, 856 (o en su caso dolo eventual); DOPFFEL, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des agent provocateur, 45 ss.; KOHLER, "Anstiftung und agent provocateur", 6; SINGEWALD, Der agent provocateur, 106; JOHANNIEMAN, Die Strafbarkeit des Spitzels, 101; MEZGER, Tratado, II, 328; KARGE, Der agent provocateur, 32 s.; HERZBERG, "Anstiftung und Beihilfe", 12; TRECHEL, Der Strafgrund der Teilnahme, 101; PLATE, "Zur Strafbarkeit des agent provocateur", 313; KUPER, "Der agent provocateur", 333. En contra HEILBORN, Der agent provocateur, 96; "Cuando no llega a impedirlo (el resultado), el agente provocador debe ser castigado por instigación a un delito consumado".

(273) GEYER, "Theilnahme Meherer", 349.

nible culposamente(274). De ahí que por lo común se acuda al expediente de atribuirle al hecho como autor, e imputársele a título de culpa. KARGE puede llegar a esta conclusión en base al concepto extensivo de autor del que parte (275). Otros autores, por el contrario, fundamentan la autoría culposa en el pensamiento de la injerencia(276). De este modo se hace responsable criminalmente al agente provocador al entender que su hacer precedente le obliga a evitar el resultado. En DOPFFEL ya puede encontrarse una fundamentación semejante cuando indica, que si bien el agente provocador no quiere la comisión del delito, no puede sustraerse al reproche de una imputación a título de culpa por haber cocausado el resultado cuya evitación tuvo en las manos(277). En la misma idea insiste, entre otros, JOHANNIE MANN al escribir: "también aquí estaba obligado en base a su actividad precedente a evitar la lesión material del bien jurídico(...). Esto es lo que ha omitido culposamente y consecuentemente debe ser castigado por un delito consumado culposo"(278). En conclusión, de acuerdo con este parecer,

(274) La inducción sólo puede castigarse en su forma dolosa, como tal inducción. Así lo resalta también DOPFFEL, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des agent provocateur, 46 y 47 n. 3. Cfr. RODRIGUEZ MOURULLO, en Comentarios, I, 852.

(275) KARGE, Der agent provocateur, 32 ss.

(276) Cfr. DOPFFEL, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des agent provocateur, 45 ss.; JOHANNIEMANN, Die Strafbarkeit des Spitzels, 101.

(277) DOPFFEL, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des agent provocateur, 47.

(278) JOHANNIEMANN, Die Strafbarkeit des Spitzels, 101.

nos encontraríamos ante una comisión por omisión fundamentadora de una autoría (accesoria) culposa.

Este punto de vista, que quizá sea el más ajustado a la sistemática del Derecho penal, no está, sin embargo, exento de reparos. Por de pronto de esta forma se exige un deber (de garantía) superior al inductor que quiere de hecho evitar la consumación, y con este fin interviene fácticamente, frente al inductor que quiere la consumación desde un principio(279). Por otro lado la posibilidad de apreciar una autoría culposa estará en función de que el tipo admita el delito imprudente(280). De igual modo las graves objeciones que últimamente se han formulado contra el pensamien

(279) Téngase en cuenta que estos casos que se contemplan en el texto no tienen nada que ver con el supuesto planteado por HEILBORN, (Der agent provocateur, 97 ss.) : "El agente provocador A -ningún agente de policía- instiga a B a cometer un delito con intención de impedir la consumación del hecho; posteriormente, es decir, tras la instigación, modifica su resolución; no impide el comienzo del resultado; el hecho es perpetrado por B" (97). Heilborn con este ejemplo pretende quemar el último cartucho en favor de su tesis sobre el dolo del instigador, "por si el lector no estuviera todavía convencido", queriendo con ello demostrar que el dolo del instigador sólo debe captar el comienzo de la acción del autor, no necesariamente el resultado del hecho principal (98 s). Sobre la polémica que motivó este ejemplo véase, KORN, Der Vorsatz, 30 ss.; SINGEWALD, Der agent provocateur, 101 ss.; DEUBERT, Der agent provocateur, 23 s.; JOHANNIEMANN, Die Strafbarkeit des Spitzels, 99 ss. En el texto ya se ha indicado la imposibilidad sistemática de una voluntad referida únicamente al principio de ejecución, desvinculada en absoluto del resultado. Por otra parte entiendo que el ejemplo propuesto por Heilborn no es de agente provocador, pues no bastan los deseos o apetencias de impedir el resultado, sino que es preciso que tal intención sea operativa al ir acompañada de otros momentos fácticos que inciden de forma directa en la estructura o desarrollo del hecho principal evitando que se produzca la lesión del bien jurídico.

(280) Así también lo resaltan, DOPFFEL, Die strafrechtliche

.....

to de la injerencia, sobre todo en orden a no respetar el principio de legalidad, o a la imperiosa necesidad de señalarle un límite, aquí adquieren especial relieve(281). Por último hay que insistir en que si el agente provocador carece de voluntad de cometer el delito, procede, en todo caso, atenerse escrupulosamente al principio de culpabilidad -también con referencia al comportamiento culposos, no siempre respetado en la práctica- si no se quiere regresar a un Derecho penal basado en la responsabilidad por el resultado.

7.- Consumación formal del delito.

Otro de los supuestos considerados característicos del agente provocador que obra como inductor, es aquel en que sólo aspira a que el provocado consume formalmente el delito, sin que consiga, por mediación directa o indirecta del agente provocador, llegar a consumarlo materialmente. Hace

..... Verantwortlichkeit des agent provocateur, 47; JOHANNIEMANN, Die Strafbarkeit des Spitzels, 101; KARGE, Der agent provocateur, 33.

(281) Cfr. PFLEIDERER, Die Garanteenstellung, 96 ss y 109 ss.; RUDOLPHI, en Systematischer Kommentar, I, 102, exige la concurrencia de dos requisitos en relación con el deber de garantía referido a la evitación de hecho punibles ajenos: el hacer precedente del sujeto debe ser el fundamento inmediato del peligro de producción de un delito ajeno, y el omitente debe haber provocado el peligro de producción de un delito de forma contraria al deber. Contra el pensamiento de la injerencia, Klaus ROXIN, "Ein 'neues Bild' des Strafrechtssystems", en ZStW, 1971, 403; SCHÜNEMANN, Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte, 313 ss. (317). Véase además Gonzalo RODRIGUEZ MOURULLO, "El delito de omisión de auxilio a víctima", Anuario, 1973, 510 ss.

más de un siglo GEYER ya hacía alusión a cómo el dolo del agente provocador normalmente sólo captaba la consumación formal del delito, no así la material(282). De igual modo la segunda y tercera de las categorías propuestas por HEILBORN como casos típicos de agente provocador, contenían delitos en los que cabía diferenciar entre consumación formal y consumación material(283). Este criterio se ha generalizado, y hoy la doctrina acepta que en buena parte de los casos en los que interviene un agente provocador como inductor, lo que caracteriza el comportamiento de éste es que su dolo solo abarca la consumación formal del delito(284).

Previamente a entrar en el examen en concreto del problema con referencia al agente provocador, será conveniente hacer algunas precisiones a propósito de la llamada consumación formal del delito.

Ya se dijo anteriormente que en la diferenciación entre consumación formal y consumación material está latente el pensamiento desarrollado por BINDING en su teoría de las normas(285). En la sistemática elaborada por BINDING cabía distinguir entre contravención de la norma y lesión o puesta

(282) GEYER, "Theilnahme Mehererer", 349.

(283) HEILBORN, Der agent provocateur, 6 s. Cfr. KOHLER, "Anstiftung und agent provocateur", 6. SINGEWALD, Der agent provocateur, 82.

(284) Cfr. SCHÖNKE-SCHRÖDER-CRAMER, Strafgesetzbuch, 363; DREHER, Strafgesetzbuch, 128; MEZGER-BLEI, AT, 250; STRATEN WERTH, AT, 250 s.; PLATE, "Die Strafbarkeit des agent provocateur", 306 ss.

(285) Cfr. BINDING, Normen, I, 327 y 397 ss. Véase además SALAMA, L'agente provocatore, 89 ss. y 93.

en peligro del bien jurídico(286). La consumación formal tendría lugar con la contravención del mandato o prohibición cuando ello no comporta al tiempo, como de ordinario sucede, la lesión o peligro del bien jurídico. De este modo algunas infracciones criminales -así los delitos puros de tentativa, los de resultado cortado y los mutilados de dos actos- admiten que se complete el resultado del Verbrechen antes de que se corone el resultado del Delikt(287). Por ello SINGEWALD -quien da respuesta al problema del agente provocador operando con la sistemática de BINDING- indica que el agente provocador puede querer más que la tentativa del Verbrechen y no precisa querer la consumación del Delikt: luego puede querer la consumación del Verbrechen(288). Tal consumación del Verbrechen antes de que se alcance el resultado que corona la categoría Delikt, significaría, en el sistema de BINDING, la consumación formal de una infracción criminal.

Actualmente la doctrina trata de encontrar otros criterios de diferenciación, pero lo cierto es que cuando se prescinde del pensamiento de BINDING la distinción se hace en ocasiones sumamente controvertida.

Brevemente se va a examinar el estado de la cuestión en la doctrina del presente.

(286) Cfr. BINDING, Handbuch, 499 s.

(287) Cfr. BINDING, Handbuch, 505; EL MISMO, Lehrbuch, BT, I, 9 ss (12).

(288) SINGEWALD, Der agent provocateur, 82.

La consumación en sentido propio tiene lugar cuando so brevienen la totalidad de las características del tipo(289). Sin embargo en determinadas especies delictivas, el legislado r ha adelantado, en atención a consideraciones de política criminal, el comienzo de la consumación a un momento anterior a su terminación fáctica, con el fin de reforzar la protección al bien jurídico(290). A partir de esta idea la doctrina establece distintas clasificaciones de delitos en los que el legislador ha obrado con ese criterio. Tal sucedería, en opinión de JESCHECK, con los delitos de intención, o también llamados de tendencia interna trascendente, y entre éstos los de resultado cortado o los mutilado s de dos actos; en los de peligro, tanto concreto como abstracto, en los que el legislador se conforma con una tendencia objetiva dirigida a la verificación del mismo; en los de simple actividad y de emprendimiento en los que se exige una determinada orientación volitiva; en los de estructura itinerante (delitos permanentes, delitos de varios actos...), etc.(291).

En tales especies delictivas cabría diferenciar entre consumación formal y consumación material; la primera ten-

(289) Cfr. SCHÖNKE-SCHRÖDER-ESSER, Strafgesetzbuch, 275.

(290) Hans Heinrich JESCHECK, "Wesen und rechtliche Bedeutung der Beendigung der Straftat", en Festschrift für Hans Welzel, Berlin, New York, 1974, 685; RUDOLPHI, en Systematischer Kommentar, I, 181 s.

(291) Cfr. las clasificaciones de JESCHECK, "Wesen und Bedeutung", 686 ss.; EL MISMO, AT, 418; SCHÖNKE-SCHRÖDER-ESSER, Strafgesetzbuch, 276. Véase además SCHMIDHAUSER, AT, 590; PLATE, "Zur Strafbarkeit des agent provocateur", 316.

dría lugar con la realización del comportamiento descrito en el tipo, en tanto que la material, unas veces, cuando se alcanza la intención propuesta en el tipo, según indica WELZEL(292); otras, cuando se llega a la irreparabilidad, en opinión de MAURACH(293); o de acuerdo con el criterio de STRATENWERTH cuando tiene lugar, propiamente, el resultado de lo injusto(294).

La distinción tiene importantes repercusiones prácticas sobre todo por lo que respecta a la participación criminal, posibilidad de apreciar circunstancias, prescripción...(295).

El problema guarda relación con el tema del agente provocador como consecuencia de lo siguiente: De acuerdo con el planteamiento conceptual de este estudio, lo que caracteriza al agente provocador es intervenir en una infracción criminal sin voluntad de producir el desvalor de lo injusto de tipo afectado por su conducta; ello quiere decir que en aquellos delitos cuya estructura permite contraponer la consumación formal a la material, únicamente quiere que tenga lugar la primera, para lo cual interviene de uno u otro modo con el fin de impedir que se alcance la consumación material; en unos casos influye de tal forma en la estructura

(292) WELZEL, Strafrecht, 188; Cfr. SCHÖNKE-SCHRÖDER-ESSER, Strafgesetzbuch, 276.

(293) MAURACH, Tratado, II, 372.

(294) STRATENWERTH, AT, 190.

(295) Cfr. SCHÖNKE-SCHRÖDER-ESSER, Strafgesetzbuch, 276 s.; WELZEL, Strafrecht, 188; JESCHECK, AT, 418; RUDOLPHI, en Systematischer Kommentar, I, 182 s.

o desarrollo del hecho provocado, que elimina la posibilidad de alcanzar la intención propuesta en el tipo; en otros que se llegue hasta la irreparabilidad; o de modo más amplio, que se verifique lo injusto en su totalidad.

Si nos atenemos al criterio mantenido actualmente por la doctrina para diferenciar la consumación formal de la material, en rigor sería preciso distinguir dos tipos de consumación formal. Sin entrar ahora en la conveniencia y propiedad de referir la misma a esta primera clase, una de ellas lo constituirían aquellas infracciones criminales en las que propiamente el tipo sólo incuye la consumación formal, si bien el motivo que determinó al legislador a conminar con una pena su verificación fué evitar que sobreviniese la consumación material. Por ello el bien jurídico protegido guarda relación con ésta, y no con la consumación formal. Piénsese, por ejemplo, en los supuestos semejantes al propuesto en el art. 221 donde se conmina con una pena a los que sedujeren tropas o cualquiera otra clase de fuerza armada para cometer el delito de sedición. Se adelantan las barreras de protección del bien jurídico correspondiente al delito de sedición, a un momento anterior a su terminación fáctica, pues basta seducir tropas, etc. con una determinada finalidad. La simple seducción de tropas, etc. con esa concreta tendencia, significaría la consumación formal, en tanto que de producirse fácticamente la sedición nos situaría ante la consumación material. Pero insisto en que el tipo sólo contempla la consumación formal, pues de sobrevenir la material en buena parte de los casos nos encontraríamos ante un concurso de delitos o ante un delito diferente, como por otra parte reconoce expresamente el segundo párrafo del art. 221.

Una segunda especie de consumación formal vendría representada por aquellos delitos en los que el tipo incluye y está construido sobre la base de conminar con una pena la consumación material, si bien en atención a consideraciones de índole sistemático, cabe apreciar, cuando no se ha verificado en su totalidad el resultado de lo injusto, una consumación formal. En tales casos puede decirse que la consumación material coincide con el agotamiento del delito(296).

Debe advertirse que en las legislaciones como la nuestra en donde al lado de la tentativa en sentido estricto se incluye como segunda forma imperfecta de ejecución a la frustración, es preciso no confundir ésta con la consumación formal. La consumación formal se encuentra en un plano sistemático y en un estadio de progresión delictiva distinto a la frustración. La consumación formal técnicamente implica ya la lesión del bien jurídico, en tanto la frustración sólo su puesta en peligro. De igual modo es requisito determinante de la frustración la ausencia de resultado, en tanto que en la consumación formal puede decirse que ya estamos en presencia del resultado.

Frecuentemente la doctrina pone como ejemplo de esta segunda forma de consumación formal el delito de hurto, el de falsedad documental realizada con el fin de obtener algún provecho, el de incendio... Con la realización de la totalidad de las características objetivas y subjetivas del tipo relativo al hurto se consumaría formalmente, en tanto

(296) Cfr. RODRIGUEZ MOURULLO, Comentarios, I, 71.

que la consumación material sólo tendría lugar cuando el su jeto puede disponer fácticamente de la cosa, o ha ocasionado un auténtico perjuicio patrimonial...; con la realización de la falsedad en el documento, se consuma formalmente el delito, y materialmente cuando se logra el provecho patrimonial pretendido; con la aplicación del fuego a la cosa se consuma formalmente, en tanto que materialmente cuando queda reducida a cenizas(297). De estos supuestos de consumación formal se ha ocupado fundamentalmente la doctrina al platear el tema con relación al agente provocador.

Según indicaba, GEYER advertía que por regla general el agente provocador no está en posesión del dolo requerido por la instigación, es decir, carece de la dirección de la voluntad, orientada a producir aquella lesión -escribe GEYER- en que radica el delito y debido a lo cual es un hecho malo punible, pues todo lo más que quiere es la consumación formal del delito (por ejemplo la apprehensio en el hurto) pero no la material(298).

En la misma idea insiste DOPFFEL, para lo cual acude, entre otros, al ejemplo del hurto, al indicar que si el agente provocador ha previsto que el delito sólo alcance la

(297) Cfr. WELZEL, Strafrecht, 169; RUDOLPHI, en Systematischer Kommentar, I, 182 s.; PLATE, "Zur Strafbarkeit des agent provocateur", 315 s.

(298) GEYER, "Theilnahme Mehrerer", 349; Todavía anteriormente en GLASER ("Zur Lehre vom Dolus" (1858), 35), puede encontrarse una referencia a la consumación formal cuando indica que el agente provocador no quiere ni espera que tenga lugar la lesión que fundamenta la esencia del delito, lo que determina que carezca del dolo requerido por la instigación. Ampliamente sobre la consumación formal, KOHLER, Studien, I, 123 s.

consumación formal -siempre que ello sea posible- carece del dolo exigido por la instigación(299). Así escribe: "(...) el agente provocador carece del dolo de la instigación ya que desde un principio había proyectado que no tuviera lugar el perjuicio patrimonial para la persona del sustraído; el delito sólo alcanza la consumación formal sin haberse producido un daño material. Tampoco se puede partir de que quizá en los pocos segundos o minutos transcurridos entre el tiempo en el que el ladrón se encuentra en posesión de la cosa sustraída, haya que encontrar una lesión material del derecho de propiedad y posesión de la víctima; pues de hecho tal cosa no ha sucedido, en cuanto que en esos momentos la víctima de lo sustraído, jurídicamente ejercitaba un poder total de disposición sobre la cosa sustraída, bien por el mismo, o, en su caso, por un representante suyo, el agente que ha intervenido, quien sabía en todo momento donde se encontraba"(300).

HEILBORN no rechaza la diferenciación entre consumación formal y material, es más la toma en cuenta como supuesto típico, pero debido a la particular forma de concebir la instigación, considera que el agente provocador que sólo quiere que el delito alcance la primera, no por ello carece del dolo requerido en la instigación. Según se dijo, en opinión de HEILBORN para fundamentar el dolo del ing

(299) DOPFFEL, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des agent provocateur, 10 ss. (17) y 48 ss.

(300) DOPFFEL, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des agent provocateur, 48 s. Otros ejemplos a los que alude son el incendio, la falsificación de moneda sin que esta llegue a ser puesta en circulación, la falsedad documental...(50 s).

tigador es suficiente que sólo capte el principio de ejecución del hecho principal; es decir, debe querer que el autor actúe no necesariamente que consume el delito(301). De acuerdo con este punto de vista, desde el momento en que la consumación formal implica en todo caso un principio de ejecución, cuando el dolo del agente provocador sólo capta tal consumación formal, obra de forma plenamente responsable(302). Por eso de modo expreso puede decirse que "el agente provocador también es instigador cuando, como en el hurto, sólo proyecta la consumación formal del delito, pero no la lesión material"(303).

Por el contrario la distinción la rechazan tanto KATZENSTEIN como JOHANNIEMANN, quienes defienden la unidad del concepto de consumación, e indican que la diferenciación es ajena al derecho positivo alemán(304). En este sentido JOHANNIEMANN encuentra inconsecuente que se castigue al autor por el delito consumado, aunque sólo haya alcanzado la consumación formal, en tanto que el agente provocador queda impune por que su dolo sólo capta ésta, no la material(305).

(301) HEILBORN, Der agent provocateur, 88.

(302) Cfr. HEILBORN, Der agent provocateur, 90 y 99.

(303) HEILBORN, Der agent provocateur, 99.

(304) KATZENSTEIN, "Der agent provocateur", 420 ss.; JOHANNIEMANN, Die Strafbarkeit des Spitzels, 91 ss. Cfr. además KPSTERLITZ, L'agent provocateur, 22 ss. KORN, Der Vorsatz, 34 s., replica indicando que si bien el StGB alemán no conoce la diferenciación, tampoco la excluye expresamente.

(305) JOHANNIEMANN, Die Strafbarkeit des Spitzels, 94 s.

Por ello precisa que la naturaleza accesoria de la participación exige que el agente provocador responda también del hecho consumado que quiso y produjo a través del autor(306).

De igual modo KARGE se muestra contrario a la diferenciación al indicar que sólo caben dos posibilidades: o el dolo del agente provocador abarca la lesión o puesta en peligro del bien jurídico o no lo abarca; por lo que con M.E. MAYER entiende que la distinción entre consumación formal y material es absolutamente errónea(307).

Por mi parte pienso que el problema no puede resolverse ni con apriorismos ni de forma generalizada, sino que, una vez más hay que insistir en ello, es preciso contemplar individualizadamente cada caso.

Conceptualmente la consumación formal sólo tiene razón de ser, y desde el punto de vista sistemático adquiere valor cuando a su vez el tipo incluye la consumación material y aquella es posible, o la razón de incriminar un comportamiento es reforzar el bien jurídico adelantando de tal modo la consumación que sin esperar a su terminación fáctica se considera ya formalmente consumado.

En primer lugar interesa poner de manifiesto que en modo alguno cabe confundir o identificar la consumación mate-

(306) JOHANNIEMANN, Die Strafbarkeit des Spitzels, 95. Los autores italianos que se han ocupado del tema, por regla general rechazan la diferenciación entre consumación formal y material. Cfr. GALLI, "La responsabilità", col. 780 ss.; DELOGU, "La responsabilità", 32 s; CALIFANO, L'agente provocatore, 45; SALAMA, L'agente provocatore, 92 ss.; DELL'ANDRO, "Agente provocatore", 868.

(307) KARGE, Der agent provocateur, 36; Cfr. M.E. MAYER, Der allgemeine Teil des Deutschen Strafrechts, 406.

rial, con la posible causación nociva de carácter material propia de algunas infracciones (así en el incendio el daño físico en la cosa o su total reducción a cenizas(308)).

Por ello conviene insistir en la idea de que solamente cabe hablar de lesión de un bien jurídico en sentido inmaterial, pues los bienes jurídicos no son objetos atacables del mundo real, sino valores ideales del orden social de los que se deriva una pretensión de respeto(309). La relación que cabe establecer entre el comportamiento típico y el bien jurídico, es puramente espiritual. De ahí que cuando se habla de la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, no pueda entenderse en sentido naturalístico. Por ello algún sector doctrinal deslinda, en el plano sistemático, la lesión o peligro del bien jurídico, del ataque al objeto de la acción; es decir, al objeto concreto -indica JESCHECK- sobre el que se ejecuta la acción típica(310). En este sense indica TORIO que "del bien jurídico ha de separarse conceptualmente el objeto de la acción, es decir, el concreto objeto afectado por la acción típica, debiéndose entender la relación recíproca entre ellos como la que media entre idea y manifestación concreta o empírica de la idea"(311).

Por último se debe advertir que operando con esta sis-

(308) Cfr. RODRIGUEZ MOURULLO, Derecho penal, I, 336 s.

(309) JESCHECK, AT, 208.

(310) JESCHECK, AT, 208. Véase además SCHMIDHAUSER, AT, 37.

(311) TORIO, "La estructura típica del delito de coacción", 32.

temática, el valor conceptual de objeto de la acción no se corresponde por completo con el valor conceptual relativo al objeto material del delito -persona o cosa sobre la que recae la acción-(312) pues, como indica TORIO, el objeto de la acción "no precisa ser una cosa corporal, tangible o material, sino aquella realidad en que fácticamente incide la acción"(313).

Hechas estas precisiones, para dar respuesta al problema del agente provocador que obra como supuesto inductor y solo quiere y permite que el hecho principal se consuma formalmente, es preciso tener presente el motivo por el cual el partícipe se hace responsable criminalmente. Según se ha venido indicando, de acuerdo con la teoría de la contribución al ataque del bien jurídico (restrictive o modifizierende Verursachungstheorie), el fundamento de la pena en la participación deriva de la contribución prestada por el partícipe para la lesión del bien jurídico; el partícipe, por tanto, debe contribuir a una efectiva lesión del bien jurídico protegido; se trata en definitiva, de una lesión mediata, es decir, a través del comportamiento del autor.

Con relación a aquellos supuestos en los que el tipo propiamente sólo incluye la consumación formal, ya se ha dicho que el motivo que determina al legislador a reforzar

(312) Cfr. RODRIGUEZ DEVESA, Derecho penal español. Parte general, 335. No obstante algunos autores equiparan el objeto de la acción con el objeto material. Véase, a este respecto, ESCRIBA GREGORI, La puesta en peligro de bienes jurídicos, 40 ss.; RODRIGUEZ MOURULLO, Derecho penal, I, 275 s.

(313) TORIO, "La estructura típica del delito de coacción", 32.

las barreras de protección adelantando a un determinado momento la consumación (formal), es evitar, precisamente, que se realicen actos encaminados a conseguir la consumación material. Por eso cuando el agente provocador impide que ésta sobrevenga, en realidad su comportamiento sólo muestra una apariencia de ataque al bien jurídico. Es cierto que objetivamente ha hecho surgir la resolución criminal, pero al evitar que tenga lugar la consumación material, su conducta no supone una auténtica contribución a la lesión del bien jurídico.

Piénsese, por ejemplo, que el agente provocador induce a otro a adquirir títulos al portador o sus cupones, sabiendo que son falsos, para que los ponga en circulación (art. 292). La contribuciónp prestada por el agente provocador estará orientada a lo sumo a la consumación formal -la adquisición de los títulos o cupones con la tendencia requerida-, pero al evitar toda posibilidad de que sobrevenga la consumación material -que efectivamente sean puestos en circulación-, no existe una auténtica contribución a la lesión del bien jurídico protegido en el art. 292. No debe pasarse por alto que en los tipos de estructura semejante al que he tomado como modelo, el bien jurídico al que se otorga protección hay que deducirlo y ponerlo en relación con la consumación material, significando la simple consumación formal un adelantamiento en las barreras de protección a aquel. Con ello se quiere poner de relieve que el motivo por el cual el agente provocador no puede ser declarado responsable criiminalmente en supuestos semejantes al del art. 292, no se debe tanto a que su dolo sólo capte la consumación formal(314

(314) Cfr. MAURACH, Tratado, II, 372; SCHÖNKE-SCHRÖDER-CRAMER, Strafgesetzbuch, 363; STRATENWERTH, AT, 250 s.

sino antes bien a que no hay base alguna para fundamentar en su comportamiento lo injusto penalmente relevante, pues no obra, no obstante la consumación formal del delito, en el sentido requerido por la inducción, es decir, contribuyendo efectivamente a la lesión del bien jurídico.

En caso de que ésta sobrevenga, hay que remitirse a lo ya dicho en páginas anteriores a propósito de los supuestos en los que en contra de la voluntad exteriorizada del agente provocador tiene lugar la consumación.

En aquellos otros delitos cuya estructura permite diferenciar la consumación formal de la consumación material, y está a su vez ^{esta} ~~esta~~ incluida en el tipo, la respuesta más consonante con los principios de la dogmática jurídico penal debe inspirarse, de igual forma, en la idea que se acaba de exponer. No obstante no puede arbitarse una solución uniforme y apriorística, sino que en cualquier caso será preciso individualizar cada supuesto.

Así, en el ejemplo del hurto, al que generalmente acude la doctrina, si el agente provocador sólo permite que se alcance la consumación formal, los planteamientos que pretenden dar solución al problema acudiendo a las distintas teorías formuladas a propósito de la consumación en el hurto (contrectatio, apprehensio, ablatio, etc.) no me parecen acertadas(315). El punto central de la cuestión está en

(315) Cfr. JOHANNIEMANN, Die Strafbarkeit des Spitzels, 96 ss. ; PLATE, "Zur Strafbarkeit des agent provocateur", 320 s; GALLI, "La responsabilità", col. 781 ss.; SALAMA, L'agente provocatore, 94. Véase además José María RODRIGUEZ DE VESA, El hurto propio, Madrid, 1946, 207 ss.

que si el agente provocador, que obra como supuesto inductor, no permite que tenga lugar la "lesión fáctica del bien jurídico protegido" -según expresión de SCHÖNKE-SCHRÖDER-CRAMER(316)- desaparece el motivo que fundamenta la pena en el partícipe, pues su comportamiento no significa una auténtica contribución a la lesión del bien jurídico. Pero insisto en que la falta de impunidad del agente provocador en estos casos no deriva, según creen MAURACH, SCHÖNKE-SCHRÖDER-CRAMER y ahora STRATENWERTH, de carecer del dolo de permitir que el hecho progrese hasta la consumación material, o por no estar en posesión del dolo orientado a la lesión del bien jurídico(317), sino más bien de que no hay base alguna para considerar su comportamiento típicamente antijurídico, pues no contribuye a la efectiva lesión del bien jurí

(316) SCHÖNKE-SCHRÖDER-CRAMER, Strafgesetzbuch, 363.

(317) MAURACH, Tratado, II, 372: "(...) la doctrina dominante rechazará con razón la responsabilidad del agente provocador por faltarle el dolo de permitir el desarrollo del hecho hasta su material consumación, esto es, hasta la irreparabilidad."; SCHÖNKE-SCHRÖDER-CRAMER, Strafgesetzbuch, 363, indican que lo decisivo es que la voluntad del instigador-agente provocador- no está dirigida a permitir que tenga lugar una lesión fáctica del bien jurídico protegido, como sucede cuando sólo se alcanza el estadio de la tentativa, y también cuando por intervención del instigador, no obstante la consumación formal del hecho, impide el menoscabo del bien jurídico; STRATENWERTH, At, 250 s., indica que si el instigador sólo quiere que el hecho progrese hasta el estadio de la tentativa, su dolo transita un recorrido inferior al de los casos normales de instigación, y esta diferencia conduce a declarar la impunidad del agente provocador. Esta conclusión también es aplicable, matiza STRATENWERTH, a los casos en los que la ley conmina con una pena ya la tentativa como delito formalmente consumado, y de acuerdo con la voluntad del agente provocador, debe quedar excluída toda lesión del bien jurídico protegido.

dico(318).

Así también lo entiende SCHMIDHÄUSER, quien a este respecto, y para un caso igualmente de hurto, indica que el comportamiento del agente provocador sólo da origen a "una instigación aparente", pues "en su proceder volitivo (Willensverhalten) no lesiona el bien jurídico propiedad" (319). A idéntica conclusión llega PLATE al advertir que si el agente provocador no actúa "ni bajo el aspecto final ni el de peligro" lesionando el bien jurídico propiedad -de acuerdo con el particular valor que este autor confiere a dichas expresiones(320)- su comportamiento no fundamenta el tipo de la instigación al hurto(321).

Una vez más se llega a la conclusión de que el problema fundamental al contemplar la posible responsabilidad del agente provocador no está tanto en la presencia o ausencia de un momento volitivo que la sistemática del Derecho penal sitúa en el dolo, como en que su comportamiento no fundamenta lo injusto que motiva la imposición de una pena.

Aquí puede darse por finalizado el análisis de los diferentes supuestos de agente provocador que obra como supuesto inductor. En las páginas que siguen se estudian las conexiones del tema con la cooperación necesaria y la complicidad.

(318) Cfr. OTTO, Gru^dnkurs, 267. Como ya se ha advertido anteriormente, no es necesario que el partícipe obre con la particular intención, tendencia, ánimo -elementos subjetivos de lo injusto-, requeridos por el tipo en cuestión: es bastante que sepa concurren en el autor.

(319) SCHMIDHÄUSER, AT, 556.

(320) Cfr. PLATE, "Zur Strafbarkeit des agent provocateur", 304 ss.

(321) PLATE, "Zur Strafbarkeit des agent provocateur", 318 ss (322).

VI.- La cooperación necesaria y la complicidad y el agente provocador.

De acuerdo con el planteamiento conceptual del que se parte en este estudio, el comportamiento del agente provocador también puede ponerse en relación con una actividad constitutiva de un auxilio necesario o un auxilio no necesario. Y ello porque si la conducta del agente provocador consiste en la intervención en una infracción criminal sin voluntad de que se alcance el desvalor que fundamenta lo injusto de la misma, al perseguir solamente que la persona del provocado se haga responsable criminalmente, nada cierra el paso al ejercicio de un comportamiento que al menos formalmente reúne los requisitos propios del auxilio.

No ha sido, sin embargo, unánime este punto de vista, y por eso JOHANNIEMANN pudo decir que aún cuando el cómplice actúe con la misma intención que conceptualmente caracteriza al agente provocador -lograr que el provocado se haga acreedor a una pena-, en modo alguno nos encontramos ante un genuino Spitzel pues, a juicio de este autor, el auxiliador carece del principal requisito que caracteriza al agente provocador. Según JOHANNIEMANN tal requisito consistiría en el ejercicio de una actividad incitadora(322); esto es, en provocar en otra persona una resolución delictiva.

Este punto de vista se basa en la opinión según la cual la expresión agente provocador es denotativa del ejercicio de una actividad incitadora o provocadora de un comportamiento ajeno, y tal cosa no sucedería cuando se coopera

(322) JOHANNIEMANN, Die Strafbarkeit des Spitzels, 119.

a la comisión de una infracción criminal que realiza una persona ya decidida de antemano a delinquir.

Lo que en principio puede parecer exacto si nos atenemos al valor semántico de la expresión agente provocador en el lenguaje ordinario, no resulta así cuando se tiene presente el particular valor que adquiere el término al haber sido incorporado al sistema del Derecho penal. De ahí que pase a servir de común denominador a todos los supuestos en los que un sujeto, con independencia de la valoración jurídico penal que merezca su conducta y de su carácter o no incitador, interviene en una infracción criminal sin voluntad de que se alcance el desvalor que fundamenta lo injusto de la misma. Por consiguiente, también el auxiliador (necesario o no necesario) puede obrar reuniendo las características conceptuales que sirven de sustento, en la nomenclatura del Derecho penal, al comportamiento del agente provocador. Así también lo entiende la generalidad de la doctrina, y por este motivo es frecuente encontrar expresamente recogida la idea de que problemas semejantes a los que plantea el tema con referencia a la inducción, surgen en el ámbito de la complicidad(323).

Previamente al examen de las cuestiones en concreto que suscita el agente provocador que actúa como presunto auxiliador del hecho principal, será conveniente hacer algu-

(323) Cfr. DÖPFEL, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des agent provocateur, 87 s.; HEILBORN, Der agent provocateur, 90 s. y 99; KARGE, Der agent provocateur, 18 ss.; BAUMANN, AT, 591 s.; SCHÖNKE-SCHRÖDER-CRAMER, Strafgesetzbuch, 368; SCHMIDHÄUSER, AT, 568; LETZGUS, Vorstufen, 66 ss; PLATE, "Zur Strafbarkeit des agent provocateur", 294; KÜPER, "Der agent provocateur", 335 n. 95.

nas indicaciones sobre la configuración del auxilio en nuestro Derecho penal.

Está claro que el legislador, al contrario de lo que sucede en otros ordenamientos jurídicos(324), ha querido diferenciar la cooperación necesaria de la complicidad o cooperación no necesaria, al situarles conceptualmente en artículos distintos, artículos 14-3 y 16 respectivamente, y señalarles, en abstracto, pena diferente.

Se ha venido utilizando en este estudio, con el fin de distinguir los diversos comportamientos delictivos que ofrece la realidad criminal, y que a su vez encuentran expresión conceptual en el Código penal, la metodología de señalar lo que de propio tiene cada conducta criminal a partir de las oposiciones que entre sí guardan los distintos comportamientos delictivos. Desde este punto de vista, las diferencias existentes entre las conductas de autoría (autoría en sentido propio, autoría mediata y coautoría) y las de auxilio (necesario o no necesario) son evidentes: mientras el autor realiza las características del tipo y su comportamiento es directamente subsumible en el precepto de la parte especial, el auxiliador se limita a contribuir al ataque al bien jurídico de forma mediata; es decir a través del hecho que efectúa directamente el autor principal. De ahí que su comportamiento precise de un precepto auxiliar que debe ser puesto en relación con el tipo de la parte especial que realiza el autor.

Entre las conductas de coautoría material previstas en el n. 1 del art. 14 y el auxilio, existen igualmente diferencias importantes. Mientras el art. 14-1 exige que el

(324) Así en el párrafo 27 del StGB alemán.

sujeto tome parte directamente en el proceso de ejecución del hecho, es decir que realice actos ejecutivos en sentido técnico, pero no directamente subsumibles en el tipo, el auxiliador se limita a contribuir con actos que no entran en ese proceso ejecutivo y que incluso pueden ser anteriores al mismo, como expresamente reconoce el art. 16 con relación al auxilio no necesario.

Por último las diferencias existentes entre el forzar o inducir directamente a otro a cometer un delito del art. 14-2. y el auxilio, hay que encontrarlas en que mientras las dos conductas primeras suponen determinar en otra persona la resolución delictiva -sin dar opción a que se motive el sujeto por sí mismo en el forzar, y obrando motivadamente en la inducción-, el auxiliador no hace surgir la resolución criminal, sino que se limita a cooperar en la ejecución del hecho que lleva a cabo un individuo resuelto a cometerlo de antemano.

Este punto de vista metodológico no encuentra, sin embargo, aplicación cuando se trata de determinar las diferencias existentes entre el auxilio necesario y el auxilio no necesario o complicidad. Y ello porque la distinción entre ambos no es de tipo estructural, como en las conductas criminales anteriormente analizadas, sino simplemente de intensidad en el grado de contribución prestada por el auxiliador para el ataque mediato, es decir, a través del autor, al bien jurídico. Sólo así se entiende y justifica la gran diferencia existente en cuanto a la pena que en abstracto señala el legislador para el auxilio necesario, (art.14-3), al que conmina nada menos que con la misma pena que al autor, frente a la que corresponde imponer al cómplice o auxiliador no necesario (art. 16).

Llegados a este punto, ¿qué criterio es el que se debe seguir para distinguir ambas clases de auxilio?. En buena medida el punto de vista que se adopte, está en función de los presupuestos de los que se parta. Por ello la primera cuestión que se debe poner en claro para llegar a diferenciar el auxilio necesario del no necesario es saber con referencia a qué se presta la cooperación a que hacen alusión tanto el art. 14-3 como el art. 16. La valoración de la cooperación prestada será diferente si entendemos que va referida, unilateralmente, a la realización de actos ejecutivos por parte del autor, al logro del resultado o, finalmente, a la lesión del bien jurídico. Una referencia unilateral y exclusiva del comportamiento del auxiliador a alguno de estos tres aspectos conduce, necesariamente, a resultados diferentes.

La doctrina española acude a distintas interpretaciones con el fin de obtener el criterio que distinga el comportamiento que fundamenta una cooperación necesaria referible al art. 14-3, frente al auxilio no necesario o complicidad, previsto en el art. 16. Así RODRIGUEZ MOURULLO considera que la disyuntiva se debe resolver en atención a "las posibilidades que el autor tenía en el momento concreto para lograr la ejecución en sí -cualquiera que fuese su modalidad- precindiendo de la colaboración ajena"; por eso "si el autor hubiera tenido que renunciar a la ejecución o, al menos, aplazarla en espera de conseguir una colaboración equivalente o de que un cambio de circunstancias no hiciera precisa la cooperación ajena, el auxilio es necesario"; por el contrario si el autor podía realizar el hecho sin colaboración

ajena, el auxilio es no necesario(325).

RODRIGUEZ DEVESA, por su parte, considera que la distinción entre cooperación necesaria y complicidad "se ha de basar en el grado de eficacia de los actos realizados con referencia al resultado concreto, tal y como ha sido producido por el autor"(326). A partir de esta idea la distinción del auxilio necesario y no necesario la realiza acudiendo a un punto de vista intermedio entre el criterio abstracto y el concreto: por un lado tiene en cuenta la aportación en cuestión prestada por el auxiliador, y por otro si cabe o no que dicha aportación sea reemplazada por los que intervienen en el hecho. Así escribe: "La actividad desplegada por un cooperador en el delito será necesaria ("imprescindible") cuando ninguno de los que en él intervienen hubiera podido sustituirle. Si el acto realizado hubiera podido verificarse por cualquiera de los demás que intervienen, su cooperación habría de clasificarse en la categoría de simple complicidad"(327).

Tanto el parecer de RODRIGUEZ DEVESA como el de RODRIGUEZ MOURULLO exige realizar un juicio hipotético a posteriori al retrotraer la atención al momento de la realización del delito, y preguntarse en un caso si el comportamiento del auxiliador podía haber sido o no sustituido por alguno de los copartícipes, y en otro si el autor hubiera o no te-

(325) RODRIGUEZ MOURULLO, en Comentarios, I, 875.

(326) RODRIGUEZ DEVESA, Derecho penal español. Parte general, 691.

(327) RODRIGUEZ DEVESA, Derecho penal español. Parte general, 691.

nido que renunciar o aplazar la ejecución de no contar con la colaboración del auxiliador.

En contra de los planteamientos que acuden a un juicio hipotético a posteriori, como medio para establecer la distinción entre auxilio necesario y auxilio no necesario, GIMBERNAT ha formulado la objeción de que "coloca al juez, en la mayoría de los casos, ante tareas insolubles"(328), pues por esta vía habría que exigir al juzgador conocimientos ajenos a la normal práctica judicial.

GIMBERNAT entiende que la atención ha de fijarse en si la cooperación supone o no una aportación trascendente para la consecución del resultado delictivo(329). Pero el juicio de valor sobre la necesidad de la contribución no puede ser de tipo hipotético, sino en consideración a si el "medio" o "servicio" con que se contribuye es un bien escaso o abundante para el ejecutor(330). Es decir, la abundancia o escasez del medio o servicio con el que se contribuye se mide, no con relación al resultado, ni a la ejecución del hecho principal o al ataque del bien jurídico, sino, a juicio de GIMBERNAT, con relación al propio ejecutor(331). De este modo si se llega a la conclusión, tras un primer juicio general y provisional, que en un segundo análisis se convierte en definitivo, de que el bien es escaso para el ejecutor,

(328) GIMBERNAT, Autor y cómplice, 152.

(329) GIMBERNAT, Autor y cómplice, 152 ss.

(330) GIMBERNAT, Autor y cómplice, 151 ss. y 167 ss.

(331) GIMBERNAT, Autor y cómplice, 158 s. y 166.

nos encontramos ante un auxilio necesario; en otro caso, es decir, si es abundante, estaríamos ante un auxilio no necesario(332).

Este punto de vista ofrece también algunos puntos débiles(333). De este modo resulta que la gravedad de la conducta del auxiliador, que en definitiva es lo que distingue al auxilio necesario del no necesario, no depende tanto de lo efectivamente realizado por él -y con ello de su contribución al ataque del bien jurídico-, como de la abundancia o escasez que el medio o servicio con que se contribuye representa para el ejecutor en el caso concreto. Por otro lado, no obstante partirse como presupuesto para formular la distinción entre auxilio necesario y no necesario de la conexión

(332) GIMBERNAT, Autor y cómplice, 155 ss. y 167 ss.

(333) Ciertos puntos en común con la teoría de los bienes escasos, guarda el planteamiento de Francisco de CARDENAS, "De la distinción entre autores, cómplices y encubridores de los delitos según el Código penal", en El Derecho Moderno. Revista de Jurisprudencia y Administración, Madrid, 1849, Tomo VII, p. 344 ss. "Si el partícipe proporciona las únicas armas o, los únicos instrumentos que en el caso de que se trate podía obtener el autor del delito y servir para su ejecución ¿quién duda que al facilitar estas armas o estos instrumentos es un acto necesario sin el cual no se hubiera verificado el crimen? Mas si el partícipe proporciona una casa entre varias que pudieran servir para la ejecución, o indica el lugar en que se halla la víctima como pudiera hacer cualquier otro vecino, es claro que estos actos no son indispensables para la consumación del delito. La necesidad de los actos no solamente se ha de considerar por su relación con el hecho principal, sino también con respecto a su autor, y ambas están comprendidas en la ley. Para cometer un asesinato se necesita un arma, pero no un arma determinada que está en poder de tal persona sino una cualquiera: el que facilite una de las muchas que pueden servir para consumar el delito, no debe ser tenido por autor de él sin grave injusticia, porque si no con la suya con otra cualquiera se habría el delito efectuado..."(355).

existente entre el medio con que se coopera y el logro del resultado delictivo(334), en la práctica se prescinde de tal referencia al tener sólo en cuenta la abundancia o escasez del bien frente al autor principal. Por último determinadas contribuciones criminales se prestan difícilmente a ser enjuiciadas con criterios de abundancia o escasez. Piénsese, por ejemplo, en una cooperación en la que se aportan ideas, consejos, o se refuerza la resolución criminal del autor. Mayores dificultades surgirían con relación a aquellas actividades de auxilio que no consisten en la entrega de una cosa o en un hacer, sino en un omitir.

Una depurada interpretación del significado y valor de los artículos 14-3 y 16 exige determinar, en primer lugar, con referencia a qué se presta el auxilio. Por de pronto el Código penal tanto en el art. 14-3 como en el 16, expresamente indica que la cooperación ha de ser para "la ejecución del hecho", es decir, para que el autor proceda a realizar actos ejecutivos en sentido técnico. No puede ser otro el valor de la expresión "ejecución del hecho" pues con independencia de una interpretación sistemática,(335) en virtud del carácter accesorio de la participación es preciso que cuando menos el autor principal dé principio a la ejecución del delito. Ello no quiere decir que la coopera

(334) Cfr. GIMBERNAT, Autor y cómplice, 152.

(335) Cfr. GIMBERNAT, Autor y cómplice, 92 ss. (94), quien llega a la conclusión de que la expresión "ejecución del hecho" a que hace alusión tanto el art. 14-1 y 3, como el art. 16, no puede ser interpretada sino en sentido técnico, es decir, con el mismo sentido que tiene en el art. 3 para la frustración y tentativa.

ción en el caso concreto no pueda ser anterior a la realización de los actos ejecutivos por parte del autor, tal como reconoce expresamente el art. 16. Lo que sucede es que una cooperación no seguida de actos ejecutivos, no puede ser castigada como auxilio.

Pero la sola consideración de si la cooperación fué o no imprescindible para la realización por parte del autor de los actos ejecutivos -y con ello si nos encontramos ante un auxilio necesario o ante una complicidad- nos sitúa ante un juicio hipotético indemostrable en numerosas ocasiones. Además no tiene en cuenta que la mayor o menor gravedad del comportamiento de un sujeto no consiste en el diferente grado de eficacia causal con relación a los actos ejecutivos o al resultado, sino en la contribución prestada para el ataque al bien jurídico. No debe pasarse por alto que el fundamento de la pena en la participación criminal no deriva de la eficacia causal del comportamiento del partícipe, sino en la contribución efectiva a la lesión o puesta en peligro, a través del autor, del bien jurídico.

Partiendo de esta idea se puede decir que si el legislador ha diferenciado el auxilio necesario del no necesario señalando al primero la misma pena que al autor, ello querrá decir que la contribución del auxiliador necesario al ataque al bien jurídico -se insiste único fundamento de la pena en la participación criminal- frente a la contribución del cómplice es notablemente más grave. Por tal motivo creo que la forma de diferenciar la cooperación necesaria de la complicidad es poniendo la atención en la contribución de hecho prestada para lesionar o poner en peligro, a través

del autor, el bien jurídico.

No se trata ahora de emitir un juicio hipotético sobre si el autor, de no contar con la colaboración ajena, habría tenido que prescindir de realizar en aquel momento el delito, sino de analizar si la contribución en efecto prestada por el auxiliador guarda una relación de necesidad con la lesión o puesta en peligro del bien jurídico por el autor. Si en el caso concreto, y contando con la relatividad de circunstancias y factores concurrentes en el tiempo y espacio, la contribución prestada incide de forma inmediata en la lesión o puesta en peligro del bien jurídico por parte del autor, la cooperación es necesaria. Por el contrario si la cooperación no guarda una conexión de necesidad con la lesión o peligro del bien jurídico, aunque desde luego constituye una contribución al ataque del mismo, el acto es una complicidad.

Se insiste en que no debe pasarse por alto que el fundamento de la pena, y en definitiva la distinta gradación de los comportamientos criminales, consiste en el diferente grado de contribución con que se interviene en el ataque del bien jurídico. Sólo así se puede comprender por qué se señala al auxiliador necesario la misma pena que al autor.

En conclusión: la diferencia existente entre el auxilio necesario y el auxilio no necesario no es de tipo estructural, sino de intensidad en la contribución al ataque al bien jurídico. De ahí que los problemas dogmático penales que suscitan ambas clases de auxilio puedan ser examinados conjuntamente.

El fundamento de la pena en el auxilio ya se ha dicho que hay que encontrarlo en la cooperación prestada por el partícipe para el ataque al bien jurídico por parte del autor. Ello significa que tal aportación debe suponer una real y efectiva cooperación(336). Las divergencias surgen en la doctrina cuando se trata de hallar el criterio que sirva de guía para determinar cuándo la cooperación es relevante para el Derecho penal. La cuestión tiene gran trascendencia si se advierte que el auxilio frustrado o intentado es impune(337).

Nuestro Código penal requiere tanto para el auxilio necesario como para el auxilio no necesario que se coopere a la ejecución del hecho. El problema está en cómo ha de interpretarse esa cooperación. ¿Es preciso que medie entre el comportamiento del auxiliador y el resultado una conexión causal, o por el contrario basta con que suponga un simple favorecimiento formal a la realización del hecho principal?

Este segundo punto de vista es rechazado generalmente por la doctrina alemana al indicar que no es bastante un simple favorecimiento formal del hecho, sino la presencia de una relación causal entre el comportamiento del auxiliador y el resultado(338). En contra de la teoría que se con

(336) Cfr. SAMSON, en Systematischer Kommentar, I, 235; STRATENWERTH, AT, 252; SCHMIDHÄUSER, AT, 566 ss; Theo VOGLER, "Zur Frage der Ursächlichkeit der Beihilfe für die Haupttat", en Festschrift für Ernst Heintz, Berlin, 1972, 301.

(337) Cfr. VOGLER, "Zur Frage der Ursächlichkeit", 295.

(338) Cfr. Erich SAMSON, Hypothetische Kausalverläufe im Strafrecht, Frankfurt am Main, 1972, 197 ss; JESCHECK, AT, 565; BAUMAN, AT, 590; WELZEL, Strafrecht, 119; SCHÖNKE-SCHÖDER-CRAMER, Strafgesetzbuch, 365 s.

forma con un simple favorecimiento, se ha dicho que, en el fondo, lo que pretende es esquivar la dificultad de probar la existencia de un nexo causal entre el comportamiento del auxiliador y el resultado del hecho principal en determinadas conductas de auxilio; así por ejemplo, en las que consisten en una cooperación psíquica o en una omisión(339).

El problema ha sido tratado de forma diferente de acuerdo con las distintas teorías de la causalidad(340). Últimamente SAMSON se ha ocupado del tema señalando la necesidad de que la contribución del auxiliador suponga una cocausación del resultado del hecho principal(341). Pero advierte que no basta una simple conexión causal; de este modo también sería causal para el resultado quien interviene en el desarrollo del hecho para dificultar que se corone con éxito, o disminuir el mal perseguido(342). Por eso SAMSON piensa que hay que introducir correctivos a la pura y simple cocausación del resultado, siendo decisivo si el comportamiento del cómplice hace posible o intensifica la lesión del bien jurídico, o en su caso se limita a facilitar la verificación del hecho(343).

(339) SAMSON, en Systematischer Kommentar, I, 236; EL MISMO, Hypothetische, 58 ss.

(340) Cfr. RODRIGUEZ DEVESA, Derecho penal español. Parte general, 690; GIMBERNAT, Autor y cómplice, 115 ss.; DREHER, "Kausalität der Beihilfe", en MDR, 1972, 553 ss; SAMSON, Hypothetische, 49 ss; WELZEL, AT, 119.

(341) SAMSON, Hypothetische, 160 ss.; EL MISMO, "Die Kausalität der Beihilfe", en Festschrift für Karl Peters, Tübingen, 1974, 134 s.

(342) SAMSON, en Systematischer Kommentar, I, 237.

(343) SAMSON, en Systematischer Kommentar, I, 237. Cfr. WESSELS, AT, 105.

Hoy en la doctrina alemana los problemas de la causalidad han adquirido una nueva dimensión como consecuencia de las teorías que tratan de dar una visión diferente al tema. En este sentido la moderna doctrina de la imputación objetiva pretende encontrar nuevas vías de análisis. Bajo este punto de vista un resultado es imputable, indica ROXIN, cuando la acción del sujeto crea un riesgo jurídico penalmente relevante de lesión de un bien jurídico(344). Dentro de esta línea de pensamiento, para la teoría del aumento del riesgo no es preciso la existencia de una relación de causalidad entre el resultado del hecho principal y el comportamiento del auxiliador, sino que es bastante que la actividad de éste signifique la creación de un mayor riesgo para la verificación del resultado(345). Así SCHAFFSTEIN indica que el resultado le es imputable al cómplice cuando su conducta supone un "aumento de las probabilidades de éxito para el resultado del hecho principal"; es decir, cuando produce un "aumento del riesgo para el bien jurídico atacado a través del hecho principal"(346).

(344) Klaus ROXIN, "Reflexiones sobre la problemática de la imputación en el Derecho penal", en Problemas básicos del Derecho penal, Trad. Diego Luzón Pena, Madrid, 1976, 131. Véase además, EL MISMO, "Infracción del deber y resultado en los delitos imprudentes", en Problemas básicos, 167 ss.; STRATENWERTH, AT, 81; WESSELS, AT, 38 ss.; RUDOLPHI, en Systematischer Kommentar, I, 22 ss.

(345) Cfr. Friedrich SCHAFFSTEIN, "Die Risikoerhöhung als objektives Zurechnungsprinzip im Strafrecht, insbesondere bei der Beihilfe", en Festschrift für Richard M. Honing, Göttingen, 169 ss; STRATENWERTH, AT, 252.

(346) SCHAFFSTEIN, "Die Risikoerhöhung", 179.

La teoría del aumento del riesgo tiene indudables ventajas; sin embargo las conclusiones prácticas a las que llega SCHAFFSTEIN, por esa vía, no son convincentes. De este modo quien entrega una llave que cree sirve para abrir la cerradura del lugar donde se va a robar, cuando en realidad no es así, y finalmente el hecho se lleva a cabo penetrando por otro sitio diferente, realiza a juicio de este autor un comportamiento de auxilio (consumado)(347). De igual modo, quien lleva hasta el lugar de los hechos una escalera, realiza un comportamiento de auxilio, si el autor principal no hubiera podido de otro modo proveerse de la misma; por el contrario, si en caso de necesidad, es decir, si en último extremo también hubiera podido procurarse el autor la escalera, no existe auxilio por parte de quien la transportó hasta el lugar de los hechos, pues, a juicio de SCHAFFSTEIN, su comportamiento sólo facilitó la empresa, pero no supuso un aumento de las probabilidades de éxito para el resultado del hecho principal(348).

Creo, no obstante, que de seguir el criterio que SCHAFFSTEIN utiliza para dar solución al caso de la llave falsa, en no pocas ocasiones se está equiparando y confundiendo el auxilio en grado de tentativa o frustrado, y por ello impune, con el auxilio (consumado) punible(349). Con relación al ejemplo de la escalera, pienso que el comportamiento del

(347) SCHAFFSTEIN, "Die Risikoerhöhung", 179 s.

(348) SCHAFFSTEIN, "Die Risikoerhöhung", 182. En contra SAMSON, Hypothetische, 76 ss. y 197 ss.

(349) Cfr. SAMSON, en Systematischer Kommentar, I, 236 s.

auxiliador debe ser valorado, no con referencia a lo que podría haber hecho el autor, sino en atención a lo efectivamente realizado por el auxiliador y a su influencia en el ataque al bien jurídico. Por otro lado, si lo que se está dilucidando es, por una parte, si existe una conexión (causal) entre el comportamiento del auxiliador y el resultado, y, por otra, si supone o no una contribución al ataque del bien jurídico, parece ocioso preguntarse si esa conducta aumenta o no el riesgo cuando claramente aparece tanto una como otra.

Ultimamente VOGLER, quien parte también del principio del aumento del riesgo, por el contrario considera que lo decisivo es realizar un juicio de prognosis sobre la peligrosidad -valorada con criterios tan concretos como abstractos- que representó la cooperación del auxiliador no para la lesión del bien jurídico, que a su juicio sólo es misión del autor, sino para el ataque del mismo(350).

Por mi parte pienso que el problema de la relación de causalidad entre la conducta del auxiliador y el resultado del hecho principal no tiene ni el interés ni la importancia dogmática que suele concederse para el caso del autor. No debe pasarse por alto, como ponen de relieve VOGLER o WESSELS, que el auxiliador con su conducta no da lugar a algo que sea "su obra" sino que su comportamiento supone una simple contribución en un hecho ajeno(351). Ciertamente que es necesario establecer una relación entre la cooperación del auxi-

(350) VOGLER, "Zur Frage der Ursächlichkeit", 311.

(351) VOGLER, "Zur Frage der Ursächlichkeit", 306 y 314;
WESSELS, AT, 105

liador y el hecho principal; de otro modo habría que concebir al auxilio como un delito de peligro independiente, solución por la que opta HERZBERG(352). Pero para poder llegar a esta conclusión previamente habría que demostrar que el auxilio posee un bien jurídico autónomo. No siendo esto así, es preciso establecer una conexión entre auxilio y hecho principal. Pero tal conexión no creo que deba ir por la vía de una relación de causalidad, inexistente, por otra parte, en los comportamientos omisivos, sino que lo decisivo ha de ser comprobar si el comportamiento del auxiliador supuso una efectiva y real contribución al ataque del bien jurídico(353). Se insiste en que el fundamento de la pena en la participación no depende de una relación de causalidad con el resultado, sino del ataque mediato al bien jurídico(354). Cuando el comportamiento del sujeto signifique

(352) HERZBERG, "Anstiftung und Behilfe", 7: "La complicidad es un delito de peligro abstracto".

(353) VOGLER, "Zur Frage der Ursächlichkeit", 315, advierte que desde el momento en que la complicidad no supone la causación de una lesión en un bien jurídico, sino sólo una cooperación al ataque que realiza otra persona, el problema de la responsabilidad del cómplice no puede ser resuelto en el marco de la causalidad, sino en atención a la relación existente entre la actividad del auxiliador y el hecho principal.

(354) Los bienes jurídicos, según se ha dicho, no son objetos atacables del mundo real, sino valores ideales del orden social; o si se quiere, desde el punto de vista dinámico cumplen la misión de ser unidades de función social. De ahí que la relación existente entre el comportamiento de todo copartícipe y el bien jurídico no pueda valorarse con criterios próximos a los de las ciencias físico naturales, sino en atención a los principios dogmáticos que informan el Derecho penal.

una efectiva contribución, y su conducta por vía negativa no sea ni de autoría, ni de inducción, etc. nos encontraremos ante un auxilio; necesario, según se dijo, si la contribución guarda una relación de necesidad para la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, y no necesario cuando, no obstante suponer una contribución al ataque del mismo, no guarda esa relación.

Acostumbra la doctrina a diferenciar entre auxilio físico o material y auxilio psíquico, según que la contribución al ataque del bien jurídico suponga una cooperación material (entrega de alguna cosa, prestación de algún servicio...) o una cooperación psíquica, así por ejemplo aportando ideas, consejos...(355). Dentro de esta misma categoría suele incluirse, también, aquellos tipos de colaboración que consisten en el reforzamiento de la resolución criminal previamente adoptada; disuasión del último escrúpulo, obstáculo o reparo, o simplemente dando una mayor sensación de seguridad(356). No sin cierta razón piensa SAMSON -quien sólo admite el auxilio psíquico de forma muy restringida- que de este modo se corre el riesgo de someter a una pena la mera solidarización con el comportamiento del autor principal(357).

(355) Cfr. CUELLO CALON, Derecho penal. Parte general, 649; RODRIGUEZ MOURULLO, en Comentarios, I, 894; SAMSON, en Systematischer Kommentar, I, 237; SCHÖNKE-SCHRÖDER-CRAMER, Strafgesetzbuch, 366. Por el contrario SCHAFFSTEIN, "Die Risikohöhung", 169 ss, cree que de acuerdo con el principio del aumento del riesgo, se puede eludir la construcción de la complicidad psíquica.

(356) Cfr. SCHÖNKE-SCHRÖDER-CRAMER, Strafgesetzbuch, 366.

(357) SAMSON, en Systematischer Kommentar, I, 237 s. Cfr. STRATENWERTH, AT, 252.

De igual modo hay que incluir dentro del auxilio psíquico los supuestos en los que se crea una ocasión para delinquir, y no son constitutivos, por vía negativa, de una autoría mediata, inducción, provocación a delinquir...(358). Por último suele aceptarse por la literatura penal la posibilidad de que la complicidad se preste mediante un comportamiento omisivo. En este sentido RODRIGUEZ MOURULLO exige la concurrencia de tres requisitos: eficacia en orden a la ejecución; voluntad de facilitar la ejecución; específico deber jurídico de impedir la comisión del delito(359).

Entiendo que nada impide poder fundamentar un auxilio, tanto necesario como no necesario, cuando el omitente aparece como favorecedor positivo del ataque al bien jurídico y su comportamiento, por vía negativa, no es de autoría, inducción, etc...(360).

Otro tanto hay que decir de aquellos casos en los que se tiene el deber de impedir el resultado(361). Pero previamente será preciso comprobar si la conducta del omitente no es constitutiva, por si misma, de una autoría en comisión por omisión al parecer como garante del resultado. Sólo

(358) Cfr. STRATENWERTH, AT, 248 s.

(359) RODRIGUEZ MOURULLO, Comentarios, I, 893. Cfr. MAURACH, Tratado II, 379.

(360) Cfr. ROXIN, Täterschaft, 485; RUDOLPHI, en Systematischer Kommentar, I, 85, indica que tras la entrada en vigor del nuevo StGB alemán, el parágrafo 13 impide poder apreciar una omisión susceptible de ser tomada en cuenta jurídico penalmente, cuando el omitente no aparece como garante de que el resultado no sobrevenga.

(361) No deben pasarse por alto las disposiciones expresamente recogidas en el art. 338 bis del Código penal.

cuando tal no suceda o por razón de la realización típica no sea posible constituir una autoría omisiva, podrá considerarse el comportamiento del partícipe como de auxilio necesario o no necesario, de acuerdo con el criterio diferenciador que se sigue en estas páginas.

Desde el puntos de vista del dolo el auxilio exige conocimiento y voluntad de que la cooperación en el hecho ajeno supone una contribución real y efectiva al ataque del bien jurídico. Pero, propiamente, el dolo en el auxilio no es doble, sino que el dolo del auxiliador, sin perder su carácter unitario, debe ir referido tanto al acto de la cooperación en sí, como a la lesión o puesta en peligro, a través del autor, del bien jurídico, y por ello mismo debe captar la consumación del hecho principal(362).

Anteriormente se ha dicho que la literatura frecuentemente admite la posibilidad de que el comportamiento del agente provocador pueda ponerse en relación con una conducta de auxilio. Y de igual modo que sucede con la inducción, también con respecto al auxilio se acostumbra a tratar el problema en el marco del dolo; así se dice que el agente provocador, que obra a título de supuesto cómplice, no puede ser castigado como tal, bien porque carece del dolo de consumación, o porque carece del dolo de favorecer el hecho principal(363). En este último sentido BAUMANN indica que

(362) Cfr. ROBRIGUEZ MOURULLO, en Comentarios, I, 895; MAURACH, Tratado, II, 381; BAUMANN, AT, 591 s.; LETZGUS, Vorstufen, 65 ss.

(363) Cfr. MAURACH, Tratado, II, 381; SCHÖNKE-SCHRÖDER-CRAMER, Strafgesetzbuch, 367 s.; STRATENWERTH, AT, 252 s.; JESCHECK, AT, 566.

el cómplice carece de voluntad de favorecimiento; es decir, de un momento volitivo requerido por el dolo, cuando sabe que el hecho no puede llegar a la consumación, sino que va a permanecer en la tentativa, o bien el propio cómplice quiere impedir la consumación del hecho(364). En la misma idea insiste LETZGUS al decir que el agente provocador, que obra como supuesto cómplice, carece de los presupuestos subjetivos requeridos por la complicidad, pues su saber y querer no van referidos al resultado final(365).

Creo, sin embargo, que el problema no reside tanto en la falta del dolo exigido por el auxilio, como en que los actos del agente provocador no reúnen los requisitos fundadores de la pena, al no contribuir efectivamente al ataque al bien jurídico. Por ello hay que advertir que cuando el agente provocador, que obra como supuesto auxiliador, sólo quiere la consumación formal, o que el hecho principal no alcance el estadio de la consumación, o conscientemente coopera suministrando un medio inidóneo, etc, si bien tales momentos volitivos deben ser computados en el dolo, en modo alguno de los mismos deriva su impunidad, sino previamente de que su comportamiento no integra el tipo objetivo del auxilio al no existir, en rigor, una cooperación al ataque del bien jurídico.

Por ello a veces se encuentra recogido en la literatura penal la idea de que el agente provocador sólo realiza una complicidad aparente. Así ya lo advertía DOPFFEL o HEILBORN,

(364) BAUMANN, AT, 591 s.

(365) LETZGUS, Vorstufen, 68.

y más recientemente MAURACH, SCHMIDHÄUSER o LETZGUS(366). Pero mientras para MAURACH o LETZGUS la complicidad aparente deriva de la falta de voluntad de favorecer el hecho principal, para HEILBORN o SCHMIDHÄUSER los actos del agente provocador sólo dan lugar a una complicidad aparente, pues objetivamente no reúnen los presupuestos propios del tipo del auxilio. Así, en el primer sentido, MAURACH indica que "el cómplice debe querer -en contraste al texto legal, aunque sólo sea con dolo eventual- que su aportación favorezca el acto principal en su modalidad concreta, y que este hecho se consuma. La ayuda prestada sin este ánimo constituye una complicidad aparente..."(367). HEILBORN, por el contrario, indica que el agente provocador que suministra un medio inidóneo para la comisión de un aborto, ciertamente que no puede ser considerado cómplice por carecer del dolo requerido, pero tampoco presta objetivamente auxilio alguno(368). Por último SCHMIDHÄUSER fundamenta, de igual modo, la complicidad aparente, no en la ausencia de una voluntad determinada, sino en que objetivamente el comportamiento no supone una contribución a la lesión del bien jurídico. Así ejemplifica que si alguien entrega a otro, para que de muerte a un tercero, una sustancia que conscientemente sabe es inocua, haciéndole creer que es ve

(366) Cfr. DOPFFEL, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des agent provocateur, 88; HEILBORN, Der agent provocateur, 90 s. y 99; MAURACH, Tratado, II, 381; SCHMIDHÄUSER, AT, 568; LETZGUS, Vorstufen, 68. Véase además TRECHSEL, Der Strafgrund der Teilnahme, 113 s.

(367) MAURACH, Tratado, II, 381.

(368) HEILBORN, Der agent provocateur, 91.

nenosa, no realiza más que una complicidad aparente, pues el que suministra el producto inofensivo no lesiona ni con voluntad final ni de peligro el bien jurídico vida(369).

De acuerdo con el punto de vista que se mantiene en estas páginas, entiendo que se debe dar la razón a estos últimos: la complicidad aparente deriva de la falta de una real y efectiva contribución al ataque del bien jurídico y no de la carencia de voluntad de consumación, o de favorecer el hecho principal. La ausencia del dolo requerido aquí es una cuestión secundaria pues previamente ya el comportamiento del aparente auxiliador no integra el tipo objetivo de la cooperación necesaria o de la complicidad.

Por ello una vez más se debe insistir en que si bien conceptualmente el comportamiento del agente provocador se caracteriza por la ausencia de voluntad de que se alcance lo injusto del hecho principal, tal carencia volitiva debe traducirse externamente en la influencia que ejerce en el nacimiento o desarrollo del hecho. De ahí que no sea suficiente una "simple voluntad interna de no querer ayudar", como indica MAURACH(370), sino que es preciso que la cooperación prestada no suponga una auténtica y real contribución al ataque del bien jurídico.

De este modo en el conocido ejemplo, al que normalmen

(369) SCHMIDHAUSER, AT, 568.

(370) MAURACH, Tratado, II, 381: "La simple voluntad interna de 'no querer ayudar' no podrá por supuesto eximir de responsabilidad al cooperador, si su aportación es objetivamente apropiada para favorecer el hecho principal, y el cómplice así lo sabe".

te acude la doctrina como supuesto característico de agente provocador que actúa a título de presunto auxiliador, en el que se suministra un medio absolutamente inidóneo para producir un aborto, la impunidad del auxiliador deriva no como normalmente indica la doctrina -así MAURACH, LETZGUS, STRATENWERTH, TRECH^SEL(371)- de la falta de voluntad de favorecer el hecho, sino previamente de que no contribuye efectiva y realmente al ataque del bien jurídico, por lo que no hay base para fundamentar el tipo objetivo del auxilio, ni por ello motivos para castigar la conducta.

Otro tanto hay que decir del supuesto al que alude PLATE: para cerciorarse de las dudas que recaen sobre el comportamiento de un funcionario de correos, se pone a su disposición cartas de cebo previamente preparadas a fin de comprobar si, como se sospecha, sustrae su contenido, etc(372). Tal conducta no supone una contribución al ataque del bien jurídico, pues difícilmente puede uno mismo lesionar su propio derecho de propiedad, o su derecho a la inviolabilidad de la correspondencia, a la intimidad, etc.

Puede decirse, en conclusión, y sin necesidad de hacer un análisis más detallado del problema, que la ausencia de voluntad de que se alcance el resultado de lo injusto, característica conceptual del agente provocador, tiene su inmediato reflejo, cuando actúa a título de supuesto auxilia-

(371) MAURACH, Tratado, II, 381; LETZGUS, Vorstufen, 68 s.; STRATENWERTH, AT, 253 s.; TRECH^SEL, Der Strafgrund der Teilnahme, 113 s. Véase además JESCHECK, AT, 566.

(372) PLATE, "Zur Strafbarkeit des agent provocateur", 294 n. 2.

dor, en que su comportamiento no fundamenta una auténtica y efectiva contribución al ataque del bien jurídico. Eliminado, por tanto, el fundamento de la pena en la participación, desaparece toda posibilidad de hacer responsable criminalmente al agente provocador que obra como presunto cooperador necesario o no necesario.

Doy aquí por finalizado el estudio del comportamiento del agente provocador que obra como presunto partícipe. A modo de síntesis se puede decir que la imposibilidad de fundamentar una pena a cargo del agente provocador no deriva tanto, como cree la opinión dominante, de la falta del dolo exigido por la participación criminal, como de que la conducta de agente provocador no origina lo injusto que faculta para imponer una pena al inductor, al cooperador necesario, al cómplice... Y así resulta, porque el agente provocador no contribuye efectivamente al ataque del bien jurídico, sino todo lo contrario, introduce medidas de garantía para evitar que se alcance la lesión del mismo.

CAPITULO QUINTO

LA TENTATIVA INIDONEA Y EL AGENTE PROVOCADOR

Con gran frecuencia se halla recogida en la literatura penal la idea de que el tema del agente provocador guarda una estrecha conexión con el delito imposible(1). Puede incluso decirse que existe una acusada tendencia a remitir a su ámbito el problema en su conjunto. Este pensamiento viene favorecido por la circunstancia de que no son escasas las ocasiones en las que la estructura del hecho en el que interviene un agente provocador se ajusta a los presupuestos de la tentativa inidónea como consecuencia de las medidas adoptadas para evitar el resultado del delito. Este pun

(1) Cfr. ANTON ONECA, Derecho penal, I, 440, quien escribe: "Si realmente el riesgo fuera nulo, a consecuencia de las medidas precautorias tomadas, para producir el fracaso de la empresa, entonces estaríamos ante un caso de delito absolutamente imposible, lo cual debe aplicarse por igual al provocado que al provocador"; QUINTANO RIFOLLES, Curso, I, 247 s.; RODRIGUEZ MOURULLO, en Comentarios, I, 855; Ruperto NUÑEZ BARBERO, El delito imposible, Salamanca, 1963, 129 ss. En la literatura penal italiana es donde más ha cundido el pensamiento de que el tema del agente provocador debe ponerse en relación, en buena parte de los casos, con el delito imposible. Baste citar de la muy extensa bibliografía, CALIFANO, L'agente provocatore, 53 ss.; GALLI, "La responsabilità penale dell'agente provocatore", col. 796 ss.; MALLINVERNI, "L'agente provocatore", Jus, (Milano), 265 ss.; NEPPI MODONA, Il reato impossibile, 215 ss.; DELL'ANDRO, "Agente provocatore", 868; SALAMA, L'agente provocatore, 21 ss.

to de vista opera con una orientación metodológica que toma en cuenta no tanto el comportamiento en cuestión realizado por el agente provocador, y con ello su contribución a la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, como la actividad llevada a cabo por la persona del provocado. Por eso las conclusiones prácticas son que si a pesar de la intervención del agente provocador cabe apreciar una tentativa inidónea punible, en principio, y de no concurrir otras causas que eventualmente excluyan su responsabilidad, también éste debe ser declarado responsable; por el contrario, si estamos ante un hecho absolutamente imposible, ^{ante una} tentativa irreal, y por tanto impune, están exentos de pena el provocado y el agente provocador.

Así se explica que se haya dicho por algunos autores que si la influencia del agente provocador, dirigida a evitar todo riesgo al bien jurídico, se deja sentir de forma decisiva en la estructura o desarrollo del hecho principal, en rigor no estamos ante una tentativa, ni tampoco ante un delito imposible (punible), sino ante un hecho donde todo es ficticio, irreal, aparente, o incluso putativo...(2).

(2) Cfr. JIMENEZ DE ASUA, Tratado, VI, 677, quien dedica un apartado al delito putativo y el agente provocador; EL MISMO, La ley y el delito, 469 s., donde se sostiene que la intervención del agente provocador puede dar lugar a situaciones donde todo es irreal. Jiménez de Asúa rectificaría después esta localización del problema en el delito putativo, al remitirlo al ámbito de la participación criminal. Véase a este respecto, JIMENEZ DE ASUA, Tratado, VII, 713. Críticamente a la primitiva opinión de este autor, SOSA CHACIN, "El agente provocador", 59 ss. Por último en la doctrina italiana ha adquirido cierto predicamento la tesis de que en no raras ocasiones la presencia de un agente provocador origina un "reato aparente"; en este sentido, DE MARSICO, "Il reato apparente e l'apparenza nella teoria del reato", 329.

Tal es, por ejemplo, la orientación apuntada en algunas ocasiones por nuestro Tribunal Supremo al dar solución a los casos que con particular terminología califica de Delitos provocados, es decir, "causados por agente provocador de los mismos", según indica, entre otras, la Sentencia de 14 de junio de 1975(3). Esta interpretación se encuentra en aquellos planteamientos cuyas miras están puestas en determinar, preferentemente, la posible responsabilidad criminal del provocado, y no la del agente provocador. Por ello fijan la atención en el hecho principal, y en si el mismo aparece, con relación al provocado, como una tentativa irreal, un delito aparente, etc.(4). De acuerdo con este punto de vista, la metodología que habría que seguir para determinar la posible responsabilidad del agente provocador debería ser la siguiente: no existiendo un hecho principal relevante a efectos penales, tampoco puede haber quien contribuya, de uno u otro modo, a su comisión. Consecuentemente, la impunidad del agente provocador habría que derivarla, en tales casos, de la ausencia de una auténtica materia punible, y lo mismo debería decirse con respecto al provocado.

Ya se ha dicho que cuando se excluye la responsabilidad criminal del agente provocador acudiendo a esta metodología, se está pensando en aquellos supuestos en los que el agente

(3) En el mismo sentido se expresa también la sentencia de 20 de febrero de 1973 (A. 786).

(4) Cfr. JIMENEZ DE ASUA, Tratado, VI, 677; DE MARSICO, "Il reato apparente e la apparenza nella teoria del reato", 59 ss. Véase además, NUÑEZ BARBERO, El delito imposible, 132.

provocador influye hasta tal punto en la estructura o desarrollo del hecho principal, que la persona del provocado realiza una tentativa absolutamente inidónea. En este sentido escribe RODRIGUEZ MOURULLO que "cuando el agente provocador hace baldía la actividad del instigado por haber adoptado previamente medidas precautorias defensivas o de garantía para que no se produzca el resultado, es ciertamente posible fundamentar la impunidad por inexistencia de una verdadera tentativa punible. La impunidad derivará entonces de la apreciación de una tentativa absolutamente imposible, o bien ni siquiera de ésta, sino de una simple "apariencia" de actuación delictiva"(5).

En síntesis, de acuerdo con este punto de vista, cuando estamos en presencia de un supuesto que en principio se ajusta a los presupuestos que configuran la tentativa inidónea, la responsabilidad del agente provocador está en función de la existencia o no de un hecho principal relevante a efectos penales. Si se llega a la conclusión de que su intervención motiva un delito absolutamente imposible, o ni siquiera eso, sino un hecho donde todo es ficticio, no será factible fundamentar una pena a su cargo, precisamente porque ni en uno ni en otro caso existe verdadera materia digna de reprobación penal. Por el contrario, si nos enfrentamos ante una tentativa inidónea punible, o simplemente ante una tentativa en sentido propio, de no concurrir otras circunstancias, también el agente provocador deberá responder de la misma.

(5) RODRIGUEZ MOURULLO, en Comentarios, I, 855.

Debo adelantar que si se opera desde la óptica de nuestro Código penal, este planteamiento no lo considero ni metodológica ni sistemáticamente correcto. Entiendo que cuando se analiza la posible responsabilidad criminal del agente provocador, lo decisivo ha de ser poner la atención en si los actos del propio agente provocador fundamentan o no lo injusto que motiva la imposición de una pena. Por ello, directamente de su comportamiento, y no por una vía de regreso, al considerar que no existe un hecho punible, es de donde debe deducirse, metodológicamente, si el agente provocador se hace o no acreedor a una pena. Por este motivo, incluso en los casos en los que quepa decir que la intervención del agente provocador origina una tentativa irreal, la imposibilidad de hacerle responsable criminalmente es consecuencia inmediata de que su conducta no fundamenta lo injusto de las formas de autoría o de participación criminal. Para nada interesa ya comprobar si estamos o no ante una tentativa inidónea, o irreal, etc., y de la misma fundamentar o negar la responsabilidad criminal. Más adelante se examinarán las inconsecuencias sistemáticas a que da lugar, en nuestro Derecho positivo, la remisión del problema del agente provocador al marco del delito imposible.

Esta orientación ha encontrado especial acogida, sin embargo, en la literatura penal italiana. El motivo ha de verse en la particular manera de configurar el Código penal italiano el delito imposible. Según el art. 49, párrafo segundo, de dicho texto, la punición de un hecho está excluída, cuando por inidoneidad de la acción o por inexistencia del objeto de ésta, es imposible el resultado dañoso o peligroso.

Por ello para la generalidad de la doctrina italiana la impunidad del comportamiento realizado por el agente provocador, al intervenir en la estructura o desarrollo del hecho principal haciendo imposible su verificación, deriva de que nos encontramos ante un delito imposible, y éste, de acuerdo con el párrafo segundo del art. 49 del Código penal italiano, es impune. Si por el contrario mediante un juicio ex ante, que ha de realizarse a partir de todas las condiciones precedentes y concurrentes con la comisión, la verificación del resultado dañoso o peligroso aparece como posible, estaremos en presencia de una tentativa en sentido propio, que, de no concurrir otras circunstancias, fundamenta una pena a cargo tanto del agente provocador como del provocado(6). El problema consiste, en definitiva, en determinar si la influencia desplegada por el agente provocador se deja sentir de tal modo en la estructura o desarrollo del hecho principal, que los medios empleados aparecen o no como idóneos para la comisión del delito; que su objeto es o no existente; o desde otro punto de vista, que la presencia de la fuerza pública advertida por el agente provocador hace o no invulnerable el bien jurídico...(7).

(6) Cfr. SALAMA, L'agente provocatore, 24 ss.; MALINVERNI, "Agente provocatore", en Novissimo Digesto Italiano, 398; CALIFANO, L'agente provocatore, 56 ss.; NEPPI MODONA, Il reato impossibile, 215 ss.; GALLI, "La responsabilità penale dell'agente provocatore", col. 796 ss; DELL'ANDRO, "Agente provocatore", 867 ss.

(7) Ciertamente que el tema de la presencia en el lugar de los hechos de la fuerza pública, advertida de forma expresa, puede dar lugar a situaciones que nada tienen que ver con el tema del agente provocador. Por eso la diferenciación sistemática entre los dos problemas no ofrece mayores dificultades; pero tampoco que ambas situaciones son compatibles. Cfr. a este respecto, NUÑEZ BARBERO, El delito imposible, 125ss; NEPPI MODONA, Il reato impossibile, 215 ss.; CALIFANO, L'agente provocatore, 57. Véanse las sentencias del Tribunal....

Puede comprenderse que el análisis de la cuestión, en cuanto que de forma particular es preciso contemplar el comportamiento del provocado, excede al objeto de este estudio. Su exámen estaría justificado, no obstante, si considerase acertada la vía metodológica, cosa que como he dicho, y se volverá a insistir en ello, no es así. Por eso baste indicar que la doctrina penal italiana centra la polémica en el espinoso tema de si mediante un juicio ex ante el bien jurídico se ve o no amenazado de lesión o de peligro, no obstante la intervención inmediata o mediata del agente provocador para evitar todo riesgo al mismo(8). De este modo la doctrina italiana excluye la responsabilidad del agente provocador cuando llega a la conclusión de que se está en presencia de un delito imposible, impune, según se acaba de decir, de acuerdo con el art. 49 párrafo segundo del Código penal italiano. Y al contrario, no tiene inconveniente en afirmar la punición del agente provocador por la comisión de un delito en grado de tentativa, no obstante carecer éste del inexcusable momento subjetivo referido al resultado, cuando mediante dicho juicio ex ante el evento dañoso o peligroso se muestra como posible(9).

..... Supremo de 8 de mayo de 1953 (A.1159); 15 de junio de 1956 (A.2071); 19 de junio de 1964 (A.3174) donde se plantean supuestos de presencia de la fuerza pública advertida de antemano.

(8) Cfr. CALIFANO, L'agente provocatore, 53 ss.; SALAMA, L'agente provocatore, 33 ss.; NEPPI MODONA, Il reato impossibile, 203 ss.; MALINVERNI, "L'agente provocatore", en Jus (Milano), 267 s.; EL MISMO, "Agente provocatore", en Novissimo Digesto Italiano, 398.

(9) Cfr. MALINVERNI, "Agente provocatore", en Novissimo Digesto Italiano, 398; CALIFANO, L'agente provocatore, 62, quien indica que de llegarse a la conclusión de que existe una tentativa punible, de la misma "responde el autor principal del delito intentado y a nuestro juicio también responderá el agente provocador".

Ya he indicado que, en realidad, la remisión del problema al ámbito del delito imposible quizá encuentre justificación cuando lo que se pretende es emitir un juicio sobre la responsabilidad criminal de la conducta del provocador, pero no sobre los actos del agente provocador que inserta medidas de garantía para evitar todo riesgo al bien jurídico. Como se verá inmediatamente, incluso en los casos en los que nos encontramos ante un delito absolutamente imposible, la irresponsabilidad del comportamiento del agente provocador no está basada en la impunidad que deriva de la tentativa absolutamente inidónea o de la tentativa irreal, sino de que previamente su conducta es inadecuada por sí misma, sistemática y funcionalmente, para fundamentar lo injusto de las formas de autoría o de la participación criminal al no haber contribuido de modo efectivo y real, según se vió en los capítulos anteriores, a la lesión o peligro del bien jurídico.

Por otra parte pienso que la orientación metodológica que remite el problema del agente provocador al delito imposible, para en su seno dar respuesta a la posible responsabilidad criminal en que pueda incurrir, no es acertada, desde un punto de vista sistemático, porque ello implicaría, de modo necesario, el reconocimiento apriorístico de que en todo caso obra con voluntad de cometer el delito. No debe pasarse por alto que condición necesaria del delito imposible (punible) e incluso del delito absolutamente imposible o de la tentativa irreal, es la presencia en el sujeto de un momento subjetivo -voluntad mala o voluntad de cometer el delito- referido a la lesión o puesta en peligro de un bien

jurídico. Sin embargo el agente provocador, de acuerdo con el planteamiento conceptual del que se ha partido en estas páginas, carece de voluntad de producir el desvalor que fundamenta lo injusto del delito en cuestión al insertar medidas defensivas; por eso difícilmente podrá remitirse su comportamiento al marco de la tentativa inidónea o al de la absolutamente imposible o irreal.

Una vez hechas estas advertencias metodológicas, juzgo conveniente hacer algunas precisiones sobre la particular forma de estructurar nuestro Código penal el delito imposible antes de analizar su relación con el tema del agente provocador. Punto previo es examinar muy someramente la naturaleza y fundamento de la extensión de la pena en la tentativa inidónea según el art. 52 párrafo segundo del Código penal. La introducción en 1944 del llamado delito imposible en el párrafo segundo del art. 52, vino a extender de forma expresa el ámbito de lo punible a los supuestos de imposibilidad de ejecución o producción del delito. Esta ampliación de la tipicidad ha sido considerada por un sector de la doctrina como un reconocimiento tácito de que los actos remitibles al art. 3 -frustración y tentativa- debían estar dotados necesariamente de la condición de idoneidad(10). Así también parece deducirse de la perífrasis obligativa -"deberían producir como resultado el delito" y "debieran producir el delito"- utilizada terminológicamente por el legislador para

(10) Cfr. RODRIGUEZ DEVESA, Derecho penal español. Parte general, 666; RODRIGUEZ MOURULLO, en Comentarios, I, 218; EL MISMO, "Delito imposible", 370 ss.; en contra, Rodrigo Fabio SUAREZ MONTES, "El delito imposible de aborto en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo", en Anuario, 1966, 226 s. Véase además, CEREZO, Lo objetivo y lo subjetivo en la tentativa, 31 s.; CORDOBA, Notas, II, 185.

definir tanto a la frustración como a la tentativa. Consecuentemente, y por una vía negativa, el párrafo segundo del art. 52 vendría a cubrir aquellos supuestos en los que no es posible la ejecución o producción del delito, y que en opinión de RODRIGUEZ MOURULLO se corresponde con los casos de inidoneidad de la acción o de inexistencia del objeto, respectivamente(11).

Mucho se ha discutido sobre el fundamento de la pena en la tentativa inidónea. El tema se plantea con particular importancia en nuestro Código penal, pues aparentemente existe una cierta contradicción entre los presupuestos sobre los que se asienta el fundamento de la pena en la tentativa y la frustración, por un lado, y los de la tentativa inidónea, por otro. Mientras la tentativa y la frustración requieren de un momento objetivo representado por la puesta en peligro del bien jurídico, aunque también desde el plano subjetivo exigen la presencia de una voluntad mala o voluntad de cometer el delito, la tentativa inidónea parece, a primera vista, que se conforma con la mera exteriorización de una voluntad rebelde(12). Está claro que no puede hablarse de la existencia de un peligro para el bien jurídico, entendido como situación contraria a seguridad, pues por su propia esencia la tentativa inidónea se caracteriza por la

(11) RODRIGUEZ MOURULLO, en Comentarios, II, 220; EL MISMO, "Delito imposible", 373.

(12) No sin razón advierte CORDOBA (Notas, II, 185), de las dificultades extraordinarias que presenta la redacción del art. 52 párrafo segundo para excluir de su ámbito a la tentativa irreal.

imposibilidad de producir menoscabo alguno al bien jurídico aparentemente amenazado. Sin embargo la concepción de la tentativa inidónea desde el punto de vista exclusivamente subjetivo, a parte de significar una quiebra en la sistemática seguida por el Código penal para extender la pena a la frustración y a la tentativa, debería conducir irremisiblemente a considerar punible toda exteriorización de una voluntad de cometer un delito, incluso también en aquellos casos más toscos constitutivos de la llamada tentativa irreal.

Por ello se ha acudido al expediente de requerir no sólo la exteriorización de una voluntad mala -elemento subjetivo de capital importancia para fundamentar la pena en la tentativa inidónea- sino si a su vez ésta muestra una tendencia objetiva contraria al orden jurídico reconocible por cualquier individuo de inteligencia normal (teoría de la impresión)(13). Tal cosa sucedería cuando la exteriorización de una voluntad de cometer el delito implica, al tiempo, una conmoción de la general paz jurídica, o es adecuada para perturbar la vigencia empírica del derecho y la sensación de seguridad jurídica(14).

Este punto de vista permite excluir del ámbito de la tentativa inidónea punible, la llamada tentativa irreal; tanto si se realiza por medios supersticiosos, como en aque

(13) Cfr. RODRIGUEZ MOURULLO, en Comentarios, II, 225.

(14) Cfr. RUDOLPHI, en Systematischer Kommentar, I, 183 s. y 194 s.; SCHÖNKE-SCHRÖDER-ESSER, Strafgesetzbuch, 290; BLEI, AT, 206; MAURACH, Tratado, II, 192 ss.; Véase además Susana HUERTA TOCILDO, Aborto con resultado de muerte o lesiones graves, Madrid, 1977, 45 ss.

llos otros supuestos en los que no obstante la presencia en el sujeto de una voluntad mala, ésta no produce alarma alguna al actuar el sujeto, como indica RODRIGUEZ MOURULLO, "de un modo burdamente incomprensible" a los ojos de cualquier persona de inteligencia normal(15).

Una vez examinados el fundamento y naturaleza de la ex tensión de la pena en la tentativa inidónea, cabe formular la siguiente pregunta: ¿Sería posible hacer responsable criminalmente al agente provocador con base en el párrafo segundo del art. 52 cuando interviene en la realización de una infracción criminal de imposible ejecución o producción? La respuesta negativa se impone cuando se tienen presentes las siguientes precisiones. En primer lugar, de acuerdo con el planteamiento conceptual del que se ha partido en este estudio, lo que caracteriza al agente provocador consiste precisamente en que carece de voluntad de producir menoscabo alguno al bien jurídico; tal cosa quiere decir que contemplado su comportamiento desde la óptica de la tentativa inidónea, no obra con voluntad mala o voluntad de cometer el delito, requisito subjetivo requerido inexcusablemente por ésta; y difícilmente podría ser de otro modo, pues cuando el agente provocador interviene en una infracción criminal que en principio responde a los presupuestos de la tentativa inidónea, lo hace, por ejemplo, induciendo a otro a realizar un delito cuya imposible verificación conoce de antemano, o suministrando un medio cuya ineficacia para la comisión del mismo también le es previamente conocida. Por ello en no

(15) RODRIGUEZ MOURULLO, en Comentarios, II, 225; Cfr. RUDOLPHI, en Systematischer Kommentar, I, 194. Véase además, Horacio OLIVA GARCIA, La estafa procesal, Madrid, 1970, 309 s. 2ª ed. Madrid, 1974, 365 s n.54.

pocos de los ejemplos a los que se ha acudido a lo largo de este estudio, si bien puede decirse que al menos con respecto a las personas del provocado podían ser constitutivos de auténticas tentativas inidóneas, en ningún momento se ha acudido a la misma ni para fundamentar una posible responsabilidad criminal a cargo del agente provocador con base en el párrafo segundo del art. 52, ni tampoco para excluirla por entender que estábamos ante una tentativa absolutamente imposible, o irreal. No se puede dar de lado que también con respecto a estas últimas cabe apreciar, en todo caso, el momento subjetivo representado por la voluntad mala, que según se ha venido insistiendo ya de principio no es factible apreciarlo en el comportamiento del agente provocador al insertar medidas precautorias o de garantía tendentes a evitar todo riesgo al bien jurídico afectado. Consecuentemente, si el agente provocador carece de voluntad de cometer delito alguno, no es posible remitir su comportamiento al ámbito de la tentativa inidónea, ni tampoco al de la tentativa irreal, pues requisito previo de ambas es la voluntad mala dirigida a cometer un hecho delictivo.

Por eso al analizar anteriormente en el Capítulo Tercero la intervención de un agente provocador en un delito plurisubjetivo que adopta la forma de un contrato (compraventa de sustancias tóxicas o estupefacientes previsto en el art. 344), la imposibilidad de fundamentar una pena a su cargo no derivaba de la existencia de una supuesta tentativa irreal, ni tampoco de una carencia en el tipo, sino de que ya previamente su comportamiento se mostraba inadecuado sistemática y funcionalmente para fundamentar lo injusto de la autoría criminal al no contribuir de un modo real y efec

tivo, de forma consciente y voluntaria, a lesionar o poner en peligro el bien jurídico tutelado(16). Otro tanto hay que decir cuando el agente provocador no interviene a título de supuesto autor, sino de partícipe. Así PLATE acude al siguiente ejemplo: el agente provocador A determina a B para que dé muerte a C, y con tal objeto pone en sus manos un arma que le consta está descargada. PLATE para nada acude a la posible existencia de una tentativa inidónea, ni para fundamentar una posible responsabilidad criminal, ni tampoco para excluirla si se llegase a la conclusión de que se estaba ante una tentativa irreal, pues ya previamente de la conducta de A se deduce que no integra el tipo de la instigación al homicidio dado que "no lesiona con voluntad final, ni bajo el aspecto de peligro, la pretensión de respeto derivada del bien jurídico vida"(17). Por eso concluye señalando que A no puede ser castigado como instigador por la tentativa -inidónea- de homicidio realizada por B(18). Lo mismo habría que decir con respecto al auxilio. Quine suministra una sustancia que hace pasar por un abortivo, cuando le consta que en realidad es un producto del todo inofensivo, no realiza el tipo objetivo del auxilio al aborto, y su falta de responsabilidad hay que derivarla, no de la presencia de una tentativa absolutamente inidónea, o irreal, sino de que su conducta no fundamenta la extensión de la pena

(16) Véase más atrás p. 223. Cfr. NUÑEZ BARBERO, El delito imposible, 131.

(17) PLATE, "Zur Strafbarkeit des agent provocateur", 308.

(18) PLATE, "Zur Strafbarkeit des agent provocateur", 308. Cfr. GIMBERTAT, Delitos cualificados, 152 n. 115.

en la participación a título de auxilio al no contribuir de un modo real y efectivo a lesionar o poner en peligro el bien jurídico. Nos encontramos ante lo que la doctrina denomina una complicidad aparente(19).

De lo expuesto se deduce que si bien en algún caso cabría apreciar una tentativa inidónea -punible- con respecto al provocado, al darse los requisitos exigidos por la misma -voluntad mala y tendencia objetiva contraria al orden jurídico-, en modo alguno cabría decir otro tanto con relación al agente provocador al no poder apreciar en el mismo ninguno de los dos momentos aludidos. Pero tampoco sería correcto derivar su falta de responsabilidad criminal de la presencia de una tentativa irreal; insisto en que también en la tentativa irreal es posible apreciar en el sujeto una voluntad de cometer el delito, de la cual carece, conceptualmente, el agente provocador. La imposibilidad de fundamentar una pena a su cargo debe deducirse de que su conducta no origina lo injusto por virtud del cual se extiende la pena a las distintas formas de contribución en el delito.

En conclusión: El punto de vista que remite el problema del agente provocador al ámbito del delito imposible, para en su seno comprobar la posible responsabilidad del mismo, metodológicamente lo considero incorrecto. Incluso en el caso de que sea posible decir que el hecho suscitado por el agente provocador reúne con relación al provocado los presupuestos de la tentativa inidónea, la imposibilidad de castigar a aquél deriva de que su comportamiento no origina

(19) Cfr. SCHMIDHÄUSER, AT, 568.

lo injusto que fundamenta la pena en la autoría o en la participación criminal. Consecuentemente, si la conducta del agente provocador debe quedar exenta de pena, tal cosa no se deberá a que se esté en presencia de una tentativa irreal, o absolutamente imposible, sino a que el propio comportamiento del agente provocador no origina lo injusto requerido por todo comportamiento criminal.

De igual modo, pretender castigar al agente provocador con base en el art. 52 párrafo segundo del Código penal, supondría incurrir en una grave contradicción sistemática, pues no se debe olvidar que, en cualquier caso, también la tentativa inidónea exige como requisito para fundamentar la pena la presencia en el sujeto de una voluntad mala: tal requisito, conceptualmente, falta en la voluntad del agente provocador al haber adoptado previamente las medidas oportunas para evitar todo riesgo al bien jurídico afectado por la conducta provocadora.

EL DELITO PROVOCADO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO Y EL AGENTE PROVOCADOR.

Cosa diferente es, como se ha indicado, que los actos del provocado puedan dar lugar a una tentativa inidónea, o a una tentativa irreal, y que por tanto a la hora de analizar su posible responsabilidad criminal haya que partir de los presupuestos que configuran el delito imposible o la tentativa absolutamente imposible. Esta última es la orientación seguida generalmente por nuestro Tribunal Supremo al

enfrentarse con la eventual responsabilidad criminal del provocado. La doctrina elaborada expresamente para dar solución a tales casos ha ido configurando, con caracteres propios, una nueva categoría conceptual que en la nomenclatura de nuestra jurisprudencia se califica, con más o menos fortuna, como de delito provocado(20). Con dicha expresión se alude a los supuestos en los que el delito surge a instancias de un sujeto que reúne exactamente las características de las que se ha partido en este estudio para delimitar conceptualmente al agente provocador. La condición de provocado le viene impuesta a un delito, precisamente, como consecuencia de la intervención de un individuo que intencionadamente motiva la infracción criminal, pero al tiempo influye de tal modo en la estructura o desarrollo del hecho que éste no puede alcanzar el resultado.

Debe adelantarse, no obstante, que en ninguna de las sentencias que me son conocidas ni el Tribunal de instancia, ni consecuentemente el Tribunal Supremo, se han pronunciado sobre la eventual responsabilidad criminal del incitador del delito, sino sólo sobre la del provocado. Por ello si la oportunidad de analizar en estas páginas el tema sólo encuentra una justificación parcial, con todo juzgo conveniente hacer algunas reflexiones sobre el mismo, pues según se acaba de indicar, un delito tiene la condición de provocado cuando ha sido suscitado por un agente provocador(21).

(20) La expresión delito provocado ya la utilizaba, entre otros, JIMENEZ DE ASUA, La ley y el delito, 469 s. Véase además, LUZON DOMINGO, Derecho Penal del Tribunal Supremo, II, 82.

(21) Cfr. las sentencias del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 1973 (A.786) y de 14 de junio de 1975 (A.2873): "(...) hechos aparentemente punibles pero, en realidad, causados por agente provocador de los mismos...".

Esto quiere decir que aunque la jurisprudencia del Tribunal Supremo no se ocupe de él, éste es la figura central, pues debido a la particular forma de intervenir en el delito, más que a las circunstancias que en el mismo concurren, el hecho cabe ser calificado como de provocado.

La teoría jurisprudencial sobre el delito provocado seguramente que arranca de la sentencia del Tribunal Supremop de 22 de junio de 1950 (A.979), al utilizarse dicha expresión con el significado y valor que ahora me ocupa. En sucesivas decisiones jurisprudenciales -15 de junio de 1956 (A. 2071) y 3 de febrero de 1964 (A. 574)- y por vía negativa, pues se rechaza que el hecho planteado fuese constitutivo de un delito provocado, se iría perfilando su contenido sustancial. Decisiva, a este respecto, va a ser la sentencia de 27 de junio de 1967 (A. 3415), que inspirándose, sin duda, en las apreciaciones hechas por LUZON DOMINGO sobre dicha doctrina(22), marcaría la pauta de su configuración posterior. Por último la sentencia de 18 de abril de 1972 (A. 1698) abre una nueva y peligrosa vía interpretativa -seguida, en sustancia, por las sentencias de 20 de febrero de 1973 (A. 786) y 14 de junio de 1975 (A. 2873)- al introducir una sutil diferenciación entre el delito provocado y la incitación a cometer un hecho delictivo con el fin de "patentizar y descubrir situaciones o actividades criminales hasta entonces ocultas", por miembros de la policía, que actuarían "a fines de indagación y eventual neutralización de sospechadas proclividades criminales".

(22) Cfr. LUZON DOMINGO, Derecho penal del Tribunal Supremo II, 82 s.

A los efectos propuestos en este estudio ahora interesa, más que ahondar en la naturaleza del delito provocado, determinar cuáles son las causas que lo motivam. En definitiva, deducir los presupuestos conceptuales por virtud de los caules en opinión de la doctrina jurisprudencial cabe calificar a un delito de provocado.

Según se dijo, en la sentencia de 22 de junio de 1950 (A. 979) aparece, si no me equivoco, el primer germen de lo que habría de ser la doctrina del delito provocado, al indicar "que el delito o falta contra la propiedad de que se trate, tiene la condición de provocado e imposible, porque previamente se han adoptado las medidas, precauciones y garantías para que no se produzca el resultado". En idéntica idea insiste la de 27 de junio de 1967 (A. 3415), donde se dice "que el delito provocado (...) no puede llegar a un resultado, porque habiéndose previsto éste, se impide por el inductor sea alcanzado, haciendo Baldía la actividad, por el empleo de medidas precautorias defensivas o de garantía (...)".

De los párrafos transcritos se deduce que si bien el empeño del Tribunal Supremo es definir conceptualmente al delito provocado, en realidad está remontándose a un momento anterior: a las causas que lo originan, o lo que es lo mismo, a la persona que da lugar a que surja el hecho delictivo. Tal individuo unas veces actúa "para poner a prueba la moralidad de un empleado de conducta sospechosa a su juicio, o verificar la selección de su dependencia" y para ello "encarga a una persona de su confianza que estimule o induzca a la comisión de un acto punible y al ser practicado,

formula denuncia criminal (...)(S. 22 de junio de 1950); otras veces la incitación va dirigida a "conocer la propensión para hechos criminales de una persona, y a comprobar su capacidad de realización, que convenza psicológicamente de que, está efectuando actos delictivos de forma oculta o desconocida, para quien desea perseguirlos (...)(S. 27 de junio de 1967).

Pueden bastar las líneas que anteceden para comprobar que la condición de provocado le viene dada a un delito como consecuencia de la intervención de un sujeto "sea éste un particular sea la propia autoridad policial", según reconocen de forma expresa las sentencias de 20 de febrero de 1973 y la de 14 de junio de 1975, que actuando con una motivación varia, provoca un acto punible. El primer requisito exigido es que el hecho haya sido suscitado, provocado, por otra persona. Por eso la sentencia de 15 de junio de 1956 niega que el supuesto planteado fuese un delito provocado "porque la iniciativa criminal parte del recurrente" por lo que "no hay provocación ajena sino iniciativa y actuación propias". En la misma idea insiste la de 27 de junio de 1967 al advertir que el delito provocado "requiere para su existencia, la inducción suficiente para mover la voluntad" del sujeto "a fin de que efectúe una actividad(...)". Y por fin la sentencia de 18 de abril de 1972 dice que el delito provocado es el que surge "por obra y a estímulos de provocación".

Pero adviértase que no es la especial motivación que lo impulsa a incitar a otro a cometer un delito lo que caracteriza a quien da lugar a un delito provocado. Si así

fuese, el Tribunal Supremo no tendría base suficiente para distinguir con una nomenclatura propia tales casos. Lo decisivo es que el delito no pueda alcanzar el resultado. Y así especifica la sentencia de 22 de junio de 1950 que en el delito provocado hay una "absoluta falta de daño y de peligro" al haberse adoptado previamente "las medidas, precauciones y garantías para que no se produzca el resultado". Por ello, de forma más genérica, la sentencia de 18 de abril de 1972 al hacer una exégesis de lo que deba ser el delito provocado, frente al supuesto planteado, reconoce que aquél es concebido así por los propios provocadores "sin verdadero propósito de perpetración"; y a tal conclusión se llega, por una vía de regreso, pues tendrían "previamente tomadas las necesarias medidas para yugularlo oportunamente, sin dejar lo llegar a término y sazón". Finalmente, y con una terminología más técnica, las sentencias de 20 de febrero de 1973 y de 14 de junio de 1975 bien a las claras indican que en el delito provocado "la imposibilidad de realización del daño es inicial, preconstituida, estando, desde el principio al fin, excluido el peligro para el bien jurídico protegido (...)".

Uno a uno los requisitos conceptuales de los que se ha partido en este estudio para definir la conducta del agente provocador aparecen en el delito provocado; es decir, en el hecho suscitado por un sujeto que actúa con una motivación varia, y sin intención de lesionar o poner en epligro el bien jurídico afectado al haber adoptado previamente las medid^{as} oportunas. El delito provocado, tal como es concebido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, es el resultado de la intervención de un agente provocador; y así lo reco

noce de modo expreso las sentencias de 20 de febrero de 1973 y de 14 de junio de 1975.

Ya se ha dicho que en ninguna de las decisiones que me son conocidas se plantea, de forma expresa, la eventual responsabilidad criminal del agente provocador, sino sólo la del provocado. No obstante, indirectamente habría que llegar a la conclusión de que tampoco el agente provocador incurre en responsabilidad criminal, pues la idea del Tribunal Supremo es que en el delito provocado no hay materia punible. Dos han sido los argumentos utilizados para declarar, de forma general, "la irresponsabilidad por hechos aparentemente punibles pero, en realidad, causados por agente provocador de los mismos" (SS. de 20 de febrero de 1973 y de 14 de junio de 1975). Uno arranca de la idea, próxima por otra parte a la doctrine of entrapment del derecho anglosajón(23), según la cual el provocado carece de voluntad libre al verse envuelto en una maquinación insidiosa(24).

En este sentido la sentencia de 22 de junio de 1950 indica que "la voluntariedad de las acciones penadas por la Ley ha de obedecer a la iniciativa libre, inteligente e intencionada del sujeto activo"; por tal motivo, y aquí tiene entrada el segundo argumento, cuando el sujeto pasivo es

(23) Véase atrás p. 13 s.

(24) Tal es también el argumento utilizado en ocasiones por la doctrina y Jurisprudencia francesa al entender que existe contrainte moral. Cfr. BORNET, "La provocation aux délits par des agents de l'autorité", 30 ss.; Jean BOUCHERON, "Provocation", en Dalloz, Repertoire de droit criminel et de procédure pénal, II, Paris, 1954, 732 s.

quien provoca el acto punible "el delito o falta contra la propiedad de que se trate,^{tiene} la condición de provocado e imposible, porque previamente se han adoptado las medidas, precauciones y garantías para que no se produzca el resultado", y por eso mismo se está en presencia de un "hurto provocado, inexistencial realmente de sujeto pasivo, pues él mismo fué inductor; (...) de consecuencias imposibles, con absoluta falta de daño y de peligro". Se conjugan, por tanto, dos argumentos, y se quiere hacer uno efecto del otro: el sujeto no obra voluntariamente porque todo es fruto de una trama tendenciosa, lo que a su vez hace que el hecho realizado por el provocado sea de imposible verificación al haberse previsto la evitación del resultado. Con toda corrección el Tribunal Supremo advierte que el inductor del delito, es a su vez el sujeto pasivo, y por ello difícilmente podía plantearse su posible responsabilidad criminal. Ya se ha indicado que en estos supuestos resulta del todo ocioso preguntarse si el comportamiento del agente provocador fundamenta una u otra categoría de participación criminal (inducción, auxilio psíquico...), pues difícilmente puede uno mismo en el delito de hurto contribuir a lesionar su propio derecho de propiedad. Por tal motivo se ha venido insistiendo a lo largo de este estudio en que también el bien jurídico debe estar protegido frente a los ataques del partícipe, no solamente frente a los ataques del autor.

De igual modo la sentencia de 27 de junio de 1967 se sirve de los dos razonamientos cuando indica que "para incriminar toda conducta humana en el ámbito penal, se exige que las acciones u omisiones sean voluntarias, como producto de

una manifestación subjetiva libre, en su creación intelectiva y en su realización, al deber ser manifestación de una resolución delictual espontánea"; por ello el delito provocado "tendente a determinar la posible existencia de un hábito criminal en vía comprobativa, a medio de un artificio so proceder insidioso" no puede ni siquiera remitirse al ámbito del delito imposible del párrafo segundo del art. 52, según había advertido LUZON DOMINGO, a quien a partir de ahora sigue, en sustancia, la aludida sentencia(25); y no puede ser remitida a dicho precepto "puesto que, en ella se da, por la maquinación insidiosa que la envuelve (...) exclusivamente una apariencia de ataque, con ausencia de enfrentamiento formal al ordenamiento jurídico penal, pues la voluntad manifestada no podía llegar a ser antijurídica en su realización y alcanzar un fin, aunque pudiera envolver un sencillo ataque ético, que resultaba meramente ilusorio y sin vida real (...); y más adelante insiste en la idea de que "no atacó las normas penales de manera esencial y sí simplemente aparente, por lo que no puede castigarse tal conducta (...).

A partir de ahora, la expresión delito provocado va a ser condicionante, en el pensamiento del Tribunal Supremo, de la idea de impunidad; en este sentido se pronuncia, de forma expresa, la Sentencia de 18 de abril de 1972 al que concibe como "carente (...) de toda realidad". Por ello se explica la tendencia a abandonar la idea de que en el delito provocado falta el requisito de la voluntariedad, y que

(25) Cfr. LUZON DOMINGO, Derecho penal del Tribunal Supremo, II, 82 s.

se fije únicamente la atención en el segundo de los argumentos antes enunciados. Así se dice que "al faltar auténtica materia delictiva -más que libre voluntariedad, según se pretende en los coincidentes recursos ahora planteados- siempre habría de quedar la conducta en mera apariencia o ficción, o lo que es lo mismo, en la categoría de delito radicalmente imposible o putativo de hecho, concebido así desde su origen por los propios provocadores (...)" (Sentencia de 18 de abril de 1972).

El mismo criterio se sigue en las sentencias de 20 de febrero de 1973 y de 14 de junio de 1975, en donde al hacer una exégesis de lo que debe ser el delito provocado frente al supuesto contemplado, se dice que "susodicha actividad provocadora, al inducir a error al sujeto activo de la supuesta infracción menoscaba su libre iniciativa y con ello la voluntariedad de la acción proclamada dogmáticamente en el artículo primero del Código Penal"; pero más adelante añade, que "con criterio tal vez más técnico", en el delito provocado "la errónea actuación del sedicente culpable constituiría un supuesto de tentativa inidónea, de delito putativo entendido en sentido amplio, o en fin de delito aparente, pero en todo caso impune, dado que la imposibilidad de realización del daño es inicial, preconstituida, estando, desde el principio al fin, excluido el peligro para el bien jurídico protegido, de modo que ^{tanto} la actuación del provocador como la del provocado han de reputarse absolutamente ineficaces".

En síntesis: el criterio del Tribunal Supremo es que en el delito provocado nos encontramos ante un hecho en donde

falta auténtica materia digna de reprobación penal. Conse cuentemente ni el provocador ni el provocado pueden resultar responsables criminalmente. Si bien la conclusión de impunidad a que llega el Tribunal Supremo con respecto al agente provocador -paso por alto la relativa al provocado pues excede al objeto de este estudio- puede considerarse, en líneas generales, acertada, no lo es sin embargo, la vía metodológica seguida.

Insisto en que la causa por la que el agente provocado no se hace acreedor a una pena, no se debe a que se esté en presencia de una tentativa absolutamente inidónea, o ante un delito putativo, o aparente..., sino antes bien, a que su comportamiento no fundamenta lo injusto de las formas de autoría o participación criminal; y no lo fundamentan, porque no contribuye de modo real y efectivo a lesionar o poner en peligro el bien jurídico. En cierto modo así también, aunque de forma muy velada e imprecisa, lo reco nocen las sentencias de 20 de febrero de 1973 y de 14 de junio de 1975 al indicar que en el delito provocado está descartado desde el principio al fin el peligro para el bien jurídico protegido. Esta idea, con toda corrección, fué la que se utilizó como principal motivo del recurso -así se deduce de uno de los resultados de la sentencia de 18 de abril de 1972, a la que sigue también la de 14 de juni o de 1975- al aducirse que "el Derecho penal como protector de bienes jurídicos no puede entrar en juego cuando los mismos no han sido lesionados ni puestos en peligro por haber existido un agente provocador del delito, no habiéndose producido daño alguno ni material ni formal..."(26).

(26) La tesis mantenida en el recurso es rechazada por

En definitiva, el resultado práctico de la tesis del Tribunal Supremo sobre el delito provocado es que en el mismo no hay materia digna de reprobación penal. Por este motivo no tuvo más remedio la sentencia de 18 de abril de 1972 que introducir una sutil, pero peligrosa diferenciación, entre delito provocado -que según acabo de indicar opera en el pensamiento del Tribunal Supremo como sinónimo de impunidad- y aquellos otros casos en los que "el señuelo puesto en juego por los investigadores vaya dirigido no a la promoción del supuesto delito, índice y contraste de la temibilidad de los destinatarios de la incitación, sino a patentizar y descubrir situaciones o actividades criminales hasta entonces ocultas, pero ya existentes". De este modo se quiere diferenciar entre los casos en los que la iniciativa delictiva la toma el provocador y aquellos otros en los que si bien existe una incitación, el destinatario de la misma ya está de antemano resuelto a cometer el delito. En tal sentido, bien a las claras indican las sentencias de 20 de febrero de 1973 y de 14 de junio de 1975, que no hay que confundir el delito provocado con "aquellos casos en que no se trata de provocar la comisión de un delito, sino de descubrir el ya cometido (...), importante matización especialmente aplicable a los delitos de tracto sucesivo..."; y más adelante la última de las sentencias aludidas añade que "el supuesto ^{mente} provocado -a semejanza de lo que puede ocurrir con el inducido- era un omnimodo facturus, es decir,

..... el Tribunal Supremo al entender que no se trata de un caso de delito provocado, pues la intervención de la policía no va dirigida "a la promoción del supuesto delito, (...) sino a patentizar y descubrir situaciones o actividades criminales hasta entonces ocultas, pero ya existentes...".

estaba ya resuelto a cometer el delito, manifestándose así la provocación como gratuita y evanescente".

Sin entrar ahora en el análisis de la diferenciación establecida por la doctrina del Tribunal Supremo, pues sin duda supera el objeto propuesto en estas páginas, la principal cuestión que surge es la de si no existe una cierta contradicción entre la forma de dar solución a los supuestos de delito provocado y estos otros en los que se trata de descubrir un delito. Contradicción que surge, en primer lugar, del hecho de que hay una potente divergencia entre la solución de la sentencia de 27 de junio de 1967 y la de las sentencias de 18 de abril de 1972, 20 de febrero de 1973 y 14 de junio de 1975(27); en segundo lugar de que la actuación probada en el relato de hechos es sólo la que surge a iniciativa del agente provocador. Así lo debe reconocer, indirectamente, la sentencia de 20 de febrero de 1973 al indicar que el tráfico de estupefacientes era anterior y preconstituido a la actuación policial por lo que no puede "decirse que fuera provocado por ella, al menos en su conjunto, porque lo único que hizo tal intervención de los agentes de la autoridad fué poner al descubierto un fragmento del mismo...". Si la actuación de la policía sólo contribuyó a poner al descubierto un fragmento del tráfico de

(27) Véase también la sentencia de 13 de noviembre de 1953 (A. 629), donde se contempla un supuesto de venta de morfina a instancias de un agente de policía que simula la condición de comprador. No obstante, la controversia se centra en si los actos realizados son constitutivos de un delito en grado de tentativa, frustración....

estupefacientes, ese fragmento, que es el probado en los hechos, fué precisamente el provocado por su intervención; consecuentemente, ya estamos en presencia de un supuesto de delito provocado. De la anterior actividad delictiva, incluso en los delitos de tracto sucesivo, en rigor, solamente existen indicios.

CONCLUSIONES

1.- El valor semántico de la expresión agente provocador, con el significado que ahora interesa destacar, se formó en la realidad socio política, y dicho término sirvió para designar a todo individuo que realiza un comportamiento portador de la siguiente estructura: el agente provocador persigue siempre un objetivo de signo inverso al que en apariencia aspira, y a fin de conseguir la reacción en el sentido deseado provoca un determinado acontecimiento. La misma composición contradictoria presentan las conductas que son consideradas de agente provocador en el marco específico del Derecho penal.

2.- La característica que define al agente provocador criminal es obrar sin voluntad de producir el desvalor que fundamenta lo injusto del hecho en el que interviene; su interés lo tiene puesto, simplemente, en lograr, como objetivo inmediato de la acción provocadora, que otra persona se haga responsable criminalmente del delito por él suscitado. Todo otro momento psicológico, como pueden ser los móviles, motivos, fin último... que le impulsan a actuar, exceden al concepto.

3.- Consecuencia inmediata de lo que se acaba de exponer es la ausencia que muestra la conducta del agente provocador de un contenido de voluntad dirigido a lesionar o

poner en peligro el bien jurídico afectado. Pero tal falta de voluntad no queda reducida a un simple deseo interno: es preciso que se manifieste exteriormente de uno u otro modo; así, porque ya inicialmente su conducta carece de peligro; o inserta medidas asegurativas tendentes a evitar todo riesgo al bien jurídico tutelado. De ahí que no sea correcto decir, al modo de la opinión dominante, que el agente provocador no quiere la consumación del hecho, pero sí la tentativa. La voluntad de tentativa solamente puede fundamentarse cuando va referida a la plena lesión del bien jurídico atacado. Si el sujeto quiere, aunque sea con dolo eventual, la consumación del hecho, y por ello mismo la plena lesión del bien jurídico, aunque sólo sea con intención de que otro copartícipe se haga merecedor de una pena, el problema cae fuera de la órbita del agente provocador. Debe ser remitido al régimen general.

4.- El problema jurídico penal que plantea el comportamiento del agente provocador no es tanto de dolo, según se acepta generalmente, como de antijuricidad: lo decisivo es comprobar, a la hora de emitir un juicio sobre si se ha ce o no merecedor de una pena si, previamente a la presencia o ausencia de un momento volitivo que la sistemática del Derecho penal localiza en el dolo, la conducta provoca dora reúne los requisitos precisos para poder ser considerada típicamente antijurídica.

5.- La conducta del agente provocador puede manifestarse bien sea mediante un acto preparatorio considerado de forma general punible (conspiración, proposición y provocación

a delinquir), o mediante una conducta de autoría o de participación en sentido estricto. Por ello debe ser revisada la idea que vincula el comportamiento del agente provocador exclusivamente con la inducción.

6.- El fundamento de la pena en los actos preparatorios del art. 4 del Código penal deriva no sólo del momento subjetivo representado por la voluntad exteriorizada de cometer un delito, sino principalmente de la presencia de un peligro objetivo para un concreto bien jurídico. De ahí que exista una plena incompatibilidad entre la conducta del agente provocador y los actos preparatorios, pues con relación al aspecto subjetivo no es posible apreciar en ésta dicha voluntad de cometer la infracción criminal. Pero es que además, no se da tampoco el momento objetivamente peligroso: en la conspiración a delinquir, al estar basada su estructura en el principio de la división del trabajo, la presencia de un agente provocador en el concierto hace que quiebre la mutua dependencia existente en la distribución de funciones, y con ello la propia viabilidad de la empresa criminal. Otro tanto hay que decir de la proposición a delinquir al tratarse de un proyecto de ejecución conjunta. Finalmente, con relación a la provocación a delinquir, si el agente provocador ha previsto la evitación de todo riesgo al bien jurídico, no será bastante para fundamentar una pena a su cargo, la mera adecuación formal de su conducta al tipo.

7.- El fundamento de la pena en las conductas de autoría consiste en la lesión o puesta en peligro de un bien

jurídico. Cuando el comportamiento del agente provocador se manifiesta mediante una u otra forma de autoría (autoría principal inmediata, autoría mediata, coautoría), es preciso distinguir los diversos supuestos. En el caso de que obre como autor principal único (agente provocador al revés) -y por tanto el provocado lo hace a título de partícipe-, y sus actos sean formalmente constitutivos de una forma imperfecta de ejecución (tentativa o frustración), la imposibilidad de hacerle responsable criminalmente se debe a que no se da ni el componente subjetivo (voluntad de cometer el delito) ni tampoco el objetivo (puesta en peligro del bien jurídico) requerido por aquellas. Si el agente provocador quiere que tenga lugar la consumación formal del hecho, pero no la material, en realidad solamente estamos ante una apariencia de ataque al bien jurídico, ya que la primera sólo puede fundamentarse cuando el sujeto aspira, al tiempo, a lesionar plenamente el bien jurídico. En los delitos pluripersonales, de igual modo, tampoco hay base para castigar al agente provocador al no contribuir, de forma real y efectiva, al ataque del bien tutelado. Otro tanto sucede con los delitos de peligro, pues requisito imprescindible tanto en los de peligro concreto como en los de peligro abstracto es la posibilidad de que sobrevenga el peligro que motiva la imposición de una pena. En los delitos de simple actividad es cierto que cronológicamente coinciden conducta (acción u omisión) y lesión o peligro para el bien jurídico. Sin embargo no es menos dudosa la dualidad lógica existente entre ambos momentos. Por ello, si el agente provocador ha previsto que no sobrevenga riesgo alguno al bien tutelado, no será suficiente para castigarle

la mera adecuación formal de su conducta al tipo.

Con respecto a la autoría mediata el problema se presenta, fundamentalmente, en los casos denominados de autor detrás del autor. Si ha previsto la evitación de todo riesgo, no hay posibilidad de fundamentar una pena. Finalmente cuando un agente provocador interviene en la comisión de un delito en régimen de coautoría, al estar basada ésta en la división del trabajo, su presencia es un elemento disgregador de la armonía funcional, por lo que si su contribución no supone una real y efectiva colaboración al ataque del bien jurídico, no cabe considerar antijurídica su conducta. Por último, y para todos los casos de autoría, si en contra de las medidas tomadas mediata o inmediatamente por el agente provocador, sobreviene la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, la posibilidad de sustanciar a su cargo una responsabilidad criminal a título de culpa no debe quedar descartada, siempre que el tipo admita la realización imprudente y se respete el principio de culpabilidad.

8.- El fundamento de la extensión de la pena a la participación criminal está basada en la contribución que de forma real y efectiva presta el partícipe, a través del autor, para lesionar o poner en peligro el bien jurídico. De ahí que éste deba estar protegido también frente a los ataques del partícipe. Lo injusto de la participación, de este modo, presupone y se deriva de lo injusto que realiza el autor principal. En virtud de la relación funcional y sistemática existente entre tipo de delito y tipo de participación, también el partícipe, al igual que el autor, debe querer la lesión o peligro del bien jurídico. Tal cosa sig

nifica que no está permitido decir, como acostumbra la opinión dominante, que el agente provocador que obra como inductor sólo quiere que tenga lugar la tentativa del hecho, no la consumación, pues dicha voluntad de tentativa únicamente puede fundamentarse refiriéndola a la plena lesión del bien tutelado. En el caso de que el agente provocador, que actúa a título de supuesto inductor, nada más permita que el hecho alcance el estadio de la tentativa o frustración, al intervenir con posterioridad para evitar la consumación, la imposibilidad de fundamentar una pena a su cargo ^{no} deriva, como cree la generalidad de la doctrina, de que carezca de voluntad de consumar el hecho, sino antes bien de que al introducir medidas asegurativas para que no sufra menoscabo el bien jurídico no obra antijurídicamente; y no obra antijurídicamente, porque no contribuye, como inductor, a lesionar o poner en peligro el bien jurídico, ni tampoco desde el punto de vista de la tentativa hay motivos para fundamentar a su cargo una pena, pues no se da el momento subjetivo (voluntad de cometer el delito). Por este motivo tampoco le son aplicables las reglas propias del arrepentimiento activo o del desistimiento eficaz, cuando evita la consumación, pues ambas requieren como presupuesto, al ser el reverso de las formas imperfectas de ejecución, voluntad de cometer el delito que se traduce en la puesta en peligro del bien jurídico.

La conclusión de impunidad, al no originar su aparente intervención en el delito lo injusto que motiva la imposición de una pena, puede hacerse extensible, según indico anteriormente, tanto a los delitos de simple actividad o emprendimiento como a los delitos de peligro. Si en contra

de lo previsto y querido por el agente provocador que obra como aparente inductor, sobreviene la consumación del hecho, la posibilidad de fundamentar una pena a su cargo a título de culpa solamente sería posible -al no ser susceptible de castigarse culposamente la inducción- acudiendo al pensamiento de la injerencia, al entender que el agente provocador se convierte en garante de que el resultado lesivo no tenga lugar. Cuando el agente provocador-inductor, sólo permite que el hecho alcance el estadio de la consumación formal, en realidad estamos ante una apariencia de ataque, pues ésta nada más cobra relevancia cuando al tiempo el su jeto aspira a consumir el hecho materialmente. Finalmente con relación al auxilio necesario y a la complicidad, el problema se plantea en los mismos términos: lo decisivo es comprobar si existe o no una prestación de ayuda para la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, y si se comprueba que el sujeto sólo contribuye de forma aparente, no hay motivos para fundamentar una pena.

9.- La remisión del problema del agente provocador en su conjunto al delito imposible para en su seno comprobar la posible responsabilidad criminal en que pudiera incurrir en base al art. 52 párrafo segundo, o para excluirla al entender que se estaba en presencia de una tentativa absoluta mente imposible o ante una tentativa irreal, no lo considero ni metodológica ni sistemáticamente acertado. No debe pasarse por alto que tanto la tentativa inidónea (punible), como incluso la tentativa absolutamente imposible y dentro de esta la tentativa irreal, requieren, en todo caso, que el sujeto obre con voluntad referida a la comisión de un

delito. Tal momento volitivo no es posible apreciarlo en la conducta del agente provocador.

10.- Por último, y como conclusión de lege ferenda, no juzgo conveniente la introducción en el Código penal de un artículo específico para regular el comportamiento del agente provocador. Eso significaría una burda simplificación del problema, e igualar a supuestos que requieren un tratamiento diferenciado. La solución ~~que~~ cada caso requiera, solamente puede alumbrarse partiendo de los presupuestos y principios que informan la dogmática del Derecho penal.

ABREVIATURAS

A.-	Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi (se cita a continuación el número marginal).
Anuario.-	Anuario de Derecho penal y Ciencias penales.
AT.-	Allgemeiner Teil.
BT.-	Besonderer Teil.
GA.-	Goltdammer's Archiv für Strafrecht.
GS.-	Der Gerichtssaal.
GP.-	La Giustizia Penale (se cita por columnas).
JuS.-	Juristische Schulung.
JW.-	Juristische Wochenschrift.
JZ.-	Juristenzeitung.
MDR.-	Monatschrift für deutsches Recht.
NEJ.-	Nueva Enciclopedia Jurídica.
Noviss.Dig.Ital.-	Novissimo Digesto Italiano.
Rev. Int. de Droit pén.)	Revue International de Droit pénal.
Rev.pén.et de Droit pén.)	Revue pénitantiere et de Droit pénal.
RGLJ.-	Revista General de Legislación y Jurisprudencia.
SP.-	La Scuola Positiva.
StGB.-	Strafgesetzbuch.
TS.-	Tribunal Supremo.
ZStW.-	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft.

BIBLIOGRAFIA

ALLFELD, Philipp, MEYER, Hugo, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 8ª ed. Leipzig, 1922.

ALVAREZ MARTINEZ, Cirilo y VIZMANOS, Tomás María de, Comentarios al nuevo Código penal, I y II, Madrid, 1848.

ANTOLISEI, Francesco, Manuale di Diritto penale. Parte generale, 7ª ed. (a cargo de Luigi Conti), Milano, 1975.

ANTON ONECA, José, Derecho penal, I. Parte general, Madrid, 1949.

ARTZ, Günther, "Bedingter Entschluss und Vorbereitungshandlung", en JZ, 1969, 54-60.

BACIGALUPO, Enrique, "Conducta precedente y posición de garante en el Derecho penal", en Problemas actuales de las Ciencias penales y la Filosofía del Derecho (homenaje al Prof. Luis Jiménez de Asúa), Buenos Aires, 1970, 105-121.

BAR, Ludwig von, Gesetz und Schuld im Strafrecht, II. Fragen des geltenden deutschen Strafrechts und seiner Reform. Die Schuld nach dem Strafgesetze, Berlin, 1907.

BARBERO SANTOS, Marino, "El bandolerismo en la legislación vigente", en Anuario, 1970, 253-286.

"Contribución al estudio de los delitos de peligro abstracto", en Anuario, 1973, 487-500.

BAUMANN, Jürgen, Strafrecht. Allgemeiner Teil. Ein Lehrbuch, 7ª ed., Bielefeld, 1975.

"Täterschaft und Teilnahme", en JuS, 1963, 125-138.

BAUR, Peter Paul, Die Anstiftung. Art. 24 des schweizerischen Strafgesetzbuches, Winterthur, 1962.

BEKZADIAN, Alexander, Der agent provocateur (Lockspitzel) mit besonderer Berücksichtigung der politischen Provokation in Russland. Ein Beitrag zum Strafrecht und zur Kriminalpolitik, Zürcher Dissertation, Zürich, 1913.

BENAKIS, Anna, Täterschaft und Teilnahme nach deutschem und griechischem Strafrecht, Bonn, 1961.

BERISTAIN IPIÑA, Antonio, "Resultado y delitos de peligro", en Revista de la Facultad de Derecho. Universidad de Madrid, 1969, 445-464.

"El delito de peligro por conducción temeraria", en Revista de Derecho de la circulación, 1970 (Separata).

BERTSCHI-RIEMER, Marion, Die Anstiftung gemäss art. 24 StGB. Eine Überprüfung der Rechtsprechung des Bundesgerichtes nach den Gesichtspunkten der finalen Verbrechenslehre, Zürich, 1961.

BETTIOL, Giuseppe, Diritto penale. Parte generale, 9ª ed. Padova, 1976.

BINDING, Karl, Die Normen und ihre Übertretung, I. Normen und Strafgesetze, 4ª ed. Leipzig, 1922; Tomo II-2, 2ª ed. Leipzig, 1916.

Handbuch des Strafrechts, I, Leipzig, 1885.

Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts. Besonderer Teil, I, 2ª ed. Leipzig, 1902. Tomo II, 2, 2ª ed. Leipzig, 1905.

BING, Ernst, Behandlung der Anstiftung im geltenden Strafrecht und im Entwurf, Dissertation, Borna-Leipzig, 1914.

BLEI, Hermann, MEZGER, Edmund, Strafrecht, Allgemeiner Teil, I. Ein Studienbuch, 16ª ed. München, 1975.

BORCHERT, Theodor, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Handlungen Dritter, insbesondere die Teilnahme am Verbrechen und die mittelbare Täterschaft, Berlin, 1888.

- BORNET, Charles, "La provocation aux délits par des agents de l'autorité" en Rev. pén. et de Droit pén., 1948, 27-34.
- BOUCHERON, Jean, "Provocation", en DALLOZ, Repertoirre de droit criminel et de procédure pénale, II, Paris, 1954, 732-733.
- BREIDENBACH, Moritz Wilhelm August, Commentar über das Grosse-herzoglich Hessische Strafgesetzbuch, I, 2, Darmstadt, 1844.
- BRUSA, Emilio, Saggio di una dottrina generale del reato, Torino, 1884.
- CALIFANO, Enrico, L'agente provocatore, Milano, 1964.
- "L'agente provocatore", en Il Foro Penale. Anno XI., 1956, columnas 407-446.
- CARDENAS, Francisco de, "Comentarios y observaciones sobre los artículos más importantes del nuevo Código penal. Exámen de los artículos 3 y 4 del Código, que tratan de los actos preparatorios del delito, de la tentativa, y del delito frustrado", en El Derecho Moderno. Revista de Jurisprudencia y Administración, IV, Madrid, 1848, 146 y ss.
- "De la distinción entre autores, cómplices y encubridores de los delitos según el Código penal", en El Derecho Moderno. Revista de Jurisprudencia y Administración, VII, Madrid, 1849, 344-372.
- CARRARA, Francesco, Programma del Corso di Diritto criminale dettato nella R. Università di Pisa, II, 3ª ed. Lucca, 1875.
- CEREZO MIR, José, "Lo injusto de los delitos dolosos", en Anuario, 1961, 55-68.
- "La naturaleza de las cosas y su relevancia jurídica" en RGLJ, 1961 (separata).
- Lo objetivo y lo subjetivo en la tentativa, Valladolid, 1964.
- "La polémica en torno al concepto finalista de autor en la Ciencia del Derecho penal español", en Anuario, 1975, 41-56.

CEREZO MIR, José, Curso de Derecho penal español. Parte General, I. Introducción, Madrid, 1976.

COBO DEL ROSAL, Marnel, "Sobre la naturaleza pluripersonal del delito de adulterio (artículo 449 del Código penal)", en Anuario, 1967, 147-167.

CORDOBA RODA, Juan, Notas, en Reinhart Maurach, Tratado de Derecho penal, dos volúmenes, Barcelona, 1962.

Una nueva concepción del delito. La doctrina finalista, Barcelona, 1963.

CORDOBA RODA, Juan y RODRIGUEZ MOURULLO, Gonzalo, Comentarios al Código penal, I, Barcelona, 1972.

CORDOBA RODA, Juan ; RODRIGUEZ MOURULLO, Gonzalo; TORO MARZL, Alejandro del; CASABO RUIZ, José Ramón, Comentarios al Código penal, II, Barcelona, 1972.

CUELLO CALON, Eugenio, Derecho penal, I, Parte general, 17ª ed. (revisado y puesto al día por César Camargo Hernández), Barcelona, 1975.

CUELLO CONTRERAS, Joaquín, La conspiración para cometer el delito; interpretación del art. 4, I, CP. (Los actos preparatorios de la participación), Barcelona, 1977.

DELL'ANDRO, Renato, "Agente provocatore", en Enciclopedia del Diritto, I, Varese, 1958, 864-870.

DELOGU, Tullio, "La responsabilità penale dell'agente provocatore" en Studi Sassaresi, 2ª serie, XIV, 1938, 19-37.

DEUBERT, Ernst, Der agent provocateur und seine Beurteilung nach dem Reichsstrafgesetzbuche, Haller Dissertation, Neunkirchen, 1910.

DOPFFEL, Albert, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des agent provocateur, Tübinger Dissertation, Stuttgart, 1899.

DREHER, Eduard, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 37ª ed. München, 1977.

"Kausalität der Beihilfe" en MDR, 1972, 553-557.

ENGISCH, Karl, Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit, Heidelberg, 1953.

"Bietet die Entwicklung der dogmatischen Strafrechtswissenschaft seit 1930 Veranlassung, in der Reform des Allgemeinen Teil des Strafrechts neue Wege zu gehen?", en ZStW, 1954, 339-389.

ESCRIVA GREGORI, José María, La puesta en peligro de bienes jurídicos en Derecho penal, Barcelona, 1976.

ESSER, Albert, "Die Bedeutung des Schuldteilnahmebegriffs im Strafrechtssystem", en GA, 1958, 321-333.

ESSER, Albin, Strafrecht, II, Schwerpunkte... 2^a ed. München, 1976.

FERRER SAMA, Antonio, Comentarios al Código penal, I, Murcia, 1946. Tomo II, Murcia, 1947.

FERRINI, Contardo, "Esposizione storica e dottrinale del Diritto penale romano", en Enciclopedia del Diritto Italiano (Pessina), I, Milano, 1905, 3-428.

FINCKE, Martin, Das Verhältnis des Allgemeinen zum Besonderen Teil des Strafrechts, Berlin, 1975.

FINGER, August, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, I, Berlin, 1904.

FRANK, Reinhard, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, nebst dem Einführungsgesetz, 18^a ed., Tübingen, 1931.

GALLAS, Wilhelm, "Täterschaft und Teilnahme", en Materialien zur Strafrechtsreform, I, Gutachten der Strafrechtslehrer, Bonn, 1954, 121-153.

Beiträge zur Verbrechenslehre, Berlin, 1968.

GALLI, Leonardo, "La responsabilità penale dell'agente provocatore", en La Giustizia Penale, 1939, Columnas 776-800.

"Agente provocatore", en Enciclopedia Forense, I, Milano, 1959, 143-145.

GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, "La problemática concursal en los delitos de asociaciones ilícitas", en Anuario, 1976, 87-115.

Las asociaciones ilícitas en el Código penal, Barcelona, 1977.

GERLAND, Henrich B., Deutsches Reichsstrafrecht, Berlin, Leipzig, 1922.

GEYER, August. "Theilnahme Mehrerer an einem Verbrechen und Begünstigung. Parágrafo 13 Ueber die Strafbarkeit der sogenannten agents provocateurs", en Fr. von Holtzendorff, Handbuch des deutschen Strafrechts, II, Berlin, 1871, 349-428 y Ergänzungen, Berlin, 1877, 139-178.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, Delitos cualificados por el resultado y causalidad, Madrid, 1966.

Autor y cómplice en Derecho penal, Madrid, 1966.

"¿Tiene un futuro la dogmática jurídicopenal?", en Estudios de Derecho penal, Madrid, 1976, 57-82.

"El sistema del Derecho penale en la actualidad", en Estudios de Derecho penal, 83-106.

"Acerca del dolo eventual", en Estudios de Derecho penal, 123-151.

GIUDICE, Arturo del, "L'agente provocatore nell'acquisto illecito di cose militari", en Scuola Positiva, 1917, 298-304 (hay traducción al español, sin las notas a pie de página, por Francisco García de Cáceres, en RGLJ, 1918, 133-137).

GLASER, Julius, "Zur Lehre vom Dolus des Anstifters", II, en GS, 1858, 24-39.

GRAVEN, Jean, "Le problème de l'agent provocateur", en Mélanges Georges Sauser-Hall, Nauchâtel-Paris, 1952, 233-252.

GRISPIGNI, Filippo, Diritto penale italiano, II, 2ª ed. (reimpresión), Milano, 1952.

GROIZARD y GOMEZ DE LA SERNA, Alejandro, El Código penal de 1870 concordado y comentado, I, Burgos, 1870.

HEILBORN, Paul, Der agent provocateur. Ein strafrechtliche Studie, Berlin, 1901.

HEPP, Ferdinand Carl Theodor, "Zweiter Beitrag zur Lehre von der Teilnahme am Verbrechen", en Archiv des Criminalrechts. N.F., 1848, 262 ss.

HERZBERG, Rolf Dietrich, "Anstiftung und Beihilfe als Straftatbestände", en GA, 1971, 1-12.

HIPPEL, Robert von, Deutsches Strafrecht. Das Verbrechen. Allgemeine Lehren, II, Berlin, 1930.

HONIG, Richard M., "Das amerikanische Strafrecht", en Das ausländisches Strafrecht der Gegenwart (herausgegeben vom E. Mezger, A. Schönke, H.H. Jescheck), IV, Berlin, 1962, 203-208.

HUERTA TOCILDO, Susana, Aborto con resultado de muerte o lesiones graves, Madrid, 1977.

IBACH, Viktor, Die Anstiftung, Breslau, 1912.

IMPALLOMENTI, Giovan Battista, Istituzioni di Diritto penale, I, Torino, 1911.

JASTROW, J. "Lockspitzel und Richter", JW, n. 16, 1918, 810-811.

JESCHECK, Hans Heinrich, Lehrbuch des Strafrecht. Allgemeiner Teil, 3ª ed. Berlin, 1978.

"Wesen und rechtliche Bedeutung der Beendigung der Straftat", en Festschrift für Hans Welzel, Berlin, New York, 1974, 683-699.

JIMENEZ DE ASUA, Luis, Tratado de Derecho penal, VI, Buenos Aires, 1962; Tomo, VII, Buenos Aires, 1970.

La ley y el delito. Principios de Derecho penal, 4ª ed., México, Buenos Aires, 1963.

JOHANNES, Hartmut, Mittelbare Täterschaft bei rechtmässigem Handeln des Werkzeuges. Ein Schuldinproblem, Frankfurt am Main, 1963.

- JOHANNIEMANN, J., Die Strafbarkeit des Spitzels, Göttinger Dissertation, Göttingen, 1924 (sin publicar; se ha manejado el ejemplar mecanografiado).
- KARGE, Hansjürgen, Der agent provocateur, Frankfurter Dissertation, Frankfurt am Main, 1969.
- KATZENSTEIN, Richard, "Der agent provocateur vom Standpunkt des R. St. G. Bs." en ZStW, 1901, 374-439.
- KAUFMANN, Armin, Lebendiges und Totes in Binding Normentheorie. Normlogik und moderne Strafrechtsdogmatik, Göttingen, 1954.
- KAUFMANN, Arthur, "Unrecht und Schuld beim Delikt des Volltrunkenheit", en JZ, 1963, 423-433.
- KÖHLER, August, Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil, Leipzig, 1917.
- KÖHLER, Josef, "Zur Lehre der Anstiftung, II. Agent provocateur", en Annalen des Grossherzoglich Badischen Gerichte (vol. 40), 1874, 61 ss.
- Studien aus dem Strafrecht, I, Mannheim, 1890.
- "Anstiftung und agent provocateur", en GA, 1908, 1-12.
- KOHLRAUSCH, Eduard, LANGE, Richard, Strafgesetzbuch mit Erläuterungen und Nebengesetzen, 43ª ed. Berlin, 1961.
- KORN, Max, Der Vorsatz des Anstifters nach geltendem Recht, insbesondere der agent provocateur und der Anstifter bei error in objecto und aberratio ictus, Göttinger Dissertation, Göttingen, 1902.
- KOSTERLITZ, Albert, L'agent provocateur, Breslauer Dissertation, Berlin, 1926.
- KÜPER, Wilfried, "Der agent provocateur im Strafrecht", en GA, 1974, 321-335.
- LACKNER, Karl, Strafgesetzbuch mit Erläuterungen, 11ª ed., München, 1977.

- LANGE, Richard, Die notwendige Teilnahme, Berlin, 1940.
- LANGER, Winrich, Das Sonderverbrechen. Eine dogmatische Untersuchung zum Allgemeinen Teil des Strafrechts, Berlin, 1972.
- LARENZ, Karl, Metodología de la Ciencia del Derecho. Traducción de Enrique Gimbernat Ordeig, Barcelona, 1966.
- LESS, Günter, "Der Unrechtscharakter der Anstiftung", en ZStW, 1957, 43-58.
- LETZGUS, Klaus, Vorstufen der Beteiligung. Erscheinungsformen und ihre Strafwürdigkeit, Berlin, 1972.
- LISZT, Franz von, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 21-22ª ed., Berlin, Leipzig, 1919.
- LOEWENHEIM, Kurt, Der Vorsatz des Anstifters nach geltendem Recht, Breslau, 1897.
- LUDERSSEN, Klaus, Zum Strafgrund der Teilnahme, Baden-Baden, 1967.
- "Verbrechensprophylaxe durch Verbrechensprovokation?", en Festschrift für Karl Peters, Tübingen, 1974, 349-371.
- LUZON DOMINGO, Manuel, Derecho penal del Tribunal Supremo. Síntesis crítica de la moderna Jurisprudencia criminal. Parte General, I, Barcelona, 1964.
- MALINVERNI, Alessandro, "Agente provocatore", en Novissimo Digesto Italiano, I, 3ª ed. Torino, 1957, 396-399.
- "L'agente provocatore", en Jus (Milano), 1958, 258-274.
- Scopo e movente nel Diritto penale, Torino, 1955.
- MANZINI, Vincenzo, Trattato di Diritto penale Italiano, II, 4ª ed. (puesta al día por P. Novolone y G.D. Pisapia), Torino, 1961.
- MARSICO, Alfredo de, "Il reato apparente e l'apparenza nella teoria del reato", en Studi in memoria di Arturo Rocco, I, Milano, 1952, 321-360.

MAURACH, Reinhart, Tratado de Derecho penal. Traducción y notas de Juan Córdoba Roda, dos volúmenes, Barcelona, 1962.

Desutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4ª ed., Karlsruhe, 1971.

"Die Problematik der Verbrechensverabredung (parágrafo 49 a II StGB)", en JZ, 1961, 137-148.

MAYER, Hellmuth, Strafrecht. Allgemeiner Teil, Stuttgart und Köln, 1953.

"Täterschaft, Teilnahme, Urheberchaft", en Festschrift für Theodor Rittler, Aalen, 1957, 243-274.

Strafrecht. Allgemeiner Teil, Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz, 1967.

MAYER, Max Ernst, Der Allgemeine Teil des desutschen Strafrechts, Heidelberg, 1915.

MERKEL, Adolf, Derecho penal, dos tomos en un solo volumen, traducción de Pedro Dorado Montero, Madrid, s/f.

MEZGER, Edmund, Tratado de Derecho penal. Traducción y notas por José Arturo Rodríguez Muñoz, I, Madrid, 1955; II, Madrid, 1957.

MEZGER, Edmud y BLEI, Hermann, Strafrecht, Allgemeiner Teil, I. Ein Studienbuch, 16ª ed., München, 1975.

MIR PUIG, Santiago, "Los términos delito y falta en el Código penal", en Anuario, 1974, 319-375.

Introducción a las bases del Derecho penal, Barcelona, 1976.

MUÑOZ CONDE, Francisco, El desistimiento voluntario de consumar el delito, Barcelona, 1972.

"Theoretische Begründung und systematische Stellung der Strafflosigkeit beim Rücktritt vom Versuch", en ZStW, 1972, 756-778.

NEPPI MODONA, Guido, Il reato impossibile, Milano, 1965.

- NOTARBARTOLO, Giuseppe, "La punibilità dell'agente provocatore nel nuovo Codice", Rivista Italiana di Diritto Penale, 1934, 90-97.
- NUÑEZ BARBERO, Ruperto, El delito imposible, Salamanca, 1963.
- OLIVA GARCIA, Horacio, La estafa procesal, Madrid, 1970; 2ª ed. Madrid, 1974.
- OLSHAUSEN, Justus von, Kommentar zum Strafgesetzbuch, 11ª ed., Berlin, 1927.
- OTTO, Harro, Grundkurs Strafrecht. Allgemeiner Strafrechtslehre. Ein Lehrbuch, Berlin, New York, 1976.
- "Straflose Teilnahme?", en Festschrift für Richard Lange, Berlin, New York, 1976, 197-217.
- PACHECO, Joaquín Francisco, El Código penal concordado y comentado, I, 4ª ed. Madrid, 1870.
- PETTERS, Karl, PREISENDANZ, Holger, Strafgesetzbuch, 27ª ed., Berlin, 1971.
- PFLEIDERER, Klaus, Die Garanteenstellung aus vorangegangenen Tun, Berlin, 1968.
- PLAGIARIO, Antonio, Principi di Diritto penale. Parte generale, Milano, 1972.
- PLATE, Hartwig, "Zur Strafbarkeit des agent provocateur", en ZStW, 1972, 294-322.
- POLAINO NAVARRETE, Miguel, Los elementos subjetivos del injusto en el Código penal español, Sevilla, 1972.
- El bien jurídico protegido en el Derecho penal, Sevilla 1974.
- QUINTANO RIPOLLES, Antonio, Derecho penal de la culpa, Barcelona, 1958.
- Curso de Derecho penal, I y II, Madrid, 1963.
- Comentarios al Código penal, 2ª ed. (puesta al día por Enrique Gimbernát Ordeig), Madrid, 1966.
- Tratado de la parte especial del Derecho penal, II. Infracciones patrimoniales de apoderamiento, 2ª ed., (puesta al día por Carlos García Valdés), Madrid, 1977.

- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, Los delitos especiales y la teoría de la participación en el Derecho penal español, Barcelona, 1974.
- RANIERI, Silvio, Il concorso di piú persone in un reato, 2ª ed. Milano, 1949.
- RODRIGUEZ DEVESA, José María, El hurto propio, Madrid, 1946.
- Derecho penal español. Parte General, 5ª ed. Madrid, 1976.
- Derecho penal español. Parte especial, 7ª ed. Madrid, 1977.
- RODRIGUEZ MOURULLO, Gonzalo, La omisión de socorro en el Código penal, Madrid, 1966.
- "La punición de los actos preparatorios", en Anuario, 1968, 277-304.
- "El autor mediato en Derecho penal español", en Anuario, 1969, 461-487.
- "Delito imposible y tentativa de delito en el Código penal español", en Anuario, 1971, 369-389.
- "El delito de omisión de auxilio a víctima", en Anuario, 1973, 499-532.
- Derecho penal. Parte general, I, Madrid, 1977.
- RODRIGUEZ MOURULLO, Gonzalo y CORDOBA RODA, Juan, Comentarios al Código penal, I, Barcelona, 1972.
- RODRIGUEZ MOURULLO, Gonzalo; CORDOBA RODA, Juan; TORO MARZAL, Alejandro del; CASABO RUIZ, José Ramón, Comentarios al Código penal II, Barcelona, 1972.
- RODRIGUEZ MUÑOZ, José Arturo, Notas, en Edmund Mezger, Tratado de Derecho penal, I, Madrid, 1955; II, Madrid, 1957.
- RODRIGUEZ RAMOS, Luis, "El resultado en la teoría jurídica del delito", en Cuadernos de Política Criminal, I, 1977, 49-62.

ROSAL, Juan del, Tratado de Derecho penal español. Parte general, I, Madrid, 1969; II, Madrid, 1972.

ROXIN, Klaus, "Zur Dogmatik der Teilnahmelehre im Strafrecht", en JZ, 1966, 293-299.

Täterschaft und Tatherrschaft, 3ª ed. Berlin, New York, 1975.

"Sobre la autoría y la participación en el Derecho penal" en Problemas actuales de las Ciencias penales y la Filosofía del Derecho (homenaje al Prof. Luis Jiménez de Asúa), Buenos Aires, 1970, 55-70.

"Ein 'neues Bild' des Strafrechtssystems" en ZStW, 1971, 369-404.

Política criminal y sistema del Derecho penal. Traducción e introducción de Francisco Muñoz Conde, Barcelona, 1972.

"Bemerkungen zum 'Täter hinter dem Täter'," en Festschrift für Richard Lange, Berlin, New York, 1976, 173-195.

"Reflexiones sobre la problemática de la imputación en el Derecho penal", en Problemas básicos del Derecho penal, traducción y notas por Diego-Manuel Luzón Peña, Madrid, 1976, 128-148.

"Infracción del deber y resultado en los delitos imprudentes", en Problemas básicos del Derecho penal, 149-180.

RUDOLPHI, Hans Joachim, "Strafbarkeit der Beteiligung an den Trunkenheitsdelikten im Strassenverkehr" en GA, 1970, 353-367.

"Inhalt und Funktion des Handlungsunwetes im Rahmen des personalen Unrechtslehre", en Festschrift für Reinhart Maurach, Karlsruhe, 1972, 51-73.

RUDOLPHI, Hans Joachim; HORN, Eckhard; SAMSON, Erich; SCHREIBER, Hans Ludwig, Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Allgemeiner Teil (parágrafos 1-79 b), I, 2ª ed., Frankfurt am Main, 1977.

SALAMA, Maamoun, L'agente provocatore, Milano, 1965.

SAMSON, Erich, Hypothetische Kausalverläufe im Strafrecht, Frankfurt am Main, 1972.

"Die Kausalität der Beihilfe", en Festschrift für Karl Peters, Tübingen, 1974, 121-135.

SAMSON, Erich; RUDOLPHI, Joachim; HORN, Eckhard; SCHREIBER, Hans Ludwig, Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Allgemeiner Teil, (parágrafos 1-79 b), I, 2ª ed. Frankfurt am Main, 1977.

SCHMIDHÄUSER, Eberhard, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2ª ed., Tübingen, 1975.

"Selbstmord und Beteiligung am Selbstmord im strafrechtlichen Sicht", en Festschrift für Hans Welzel, Berlin, New York, 1974, 801-822.

SCHAFFSTEIN, Friedrich, "Die Risikoerhöhung als objektives Zurechnungsprinzip im Strafrecht, insbesondere bei der Beihilfe", en Festschrift für Richard M. Honing, Göttingen, 1970, 169-184.

SCHÖNKE, Adolf y SCHRÖDER, Horst, Strafgesetzbuch Kommentar, 18ª ed. (puesta al día por Theodor Lenckner, Peter Cramer, Albin Eser, Walter Stree), München, 1976.

SCHRÖDER, Horst, "Die Gefährdungsdelikte im Strafrecht", ZStW, 1969, 7-28.

SCHROEDER, Friedrich-Christian, Der Täter hinter dem Täter, Berlin, 1965.

SCHULTZ, Hans, Einführung in den Allgemeinen Teil des Strafrechts, I, 2ª ed. Bern, 1974.

"Täterschaft und Teilnahme im moderne schweizerischen Strafrecht", en Revue pénal suisse, 1956, 244-291.

SCHÜNEMANN, Bernd, Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte, zugleich ein Beitrag zur strafrechtlichen Methodenlehre, Göttingen, 1971.

SINGEWALD, Hermann, Der agent provocateur. Ein Beitrag zur Theorie der Teilnahme am Verbrechen, Breslau, 1908.

SOSA CHACIN, Jorge, "El agente provocador y sus derivaciones jurídico penales", en Revista de la Facultad de Derecho. Universidad Católica Andrés Bello, n. 1, Caracas, 1965-1966, 15-99.

SPENDEL, Günter, "Der Täter hinter dem Täter, eine notwendige Rechtsfigur?", en Festschrift für Richard Lange, Berlin, New York, 1976, 147-171.

STEMPEL, Jochen, Der Lockspitzel im amerikanischen Recht, unter besonderer Berücksichtigung der 'Doctrine of Entrapment', Bonner Dissertation, Bonn, 1958.

STRATENWERTH, Günter, "Der agent provocateur", en MDR, 1953, 717-721.

Strafrecht. Allgemeiner Teil, Die Straftat, 2ª ed., Köln, Berlin, Bonn. München, 1976.

STREE, Walter, "Bestimmung eines Tatentschlossenen zur Tatänderung", en Festschrift für Ernst Heinitz, Berlin, 1972, 277-293.

SUAREZ MONTES, Rodrigo Fabio, "El delito imposible de aborto en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo", en Anuario, 1966, 215-229.

TOMAS Y VALIENTE, Francisco, EL Derecho penal de la monarquía absoluta (Siglos XVI-XVII-XVIII), Madrid, 1969.

TORIO LOPEZ, Angel, "El deber objetivo de cuidado en los delitos culposos", en Anuario, 1974, 25-59.

"El 'error iuris', perspectivas materiales y sistemáticas" en Anuario, 1975, 25-39.

"La estructura típica del delito de coacción", en Anuario, 1977, 19-39.

TRECHTEL, Stefan, Der Strafgrund der Teilnahme, Bern, 1967.

VANNINI, Ottorino, "In tema di tentativo e di agente provocatore", en Archivio Penale, 1947, vol. III, 2ª parte, 64-65.

- VIADA Y VILLASECA, Salvador, Código penal reformado de 1870, con las variaciones introducidas en el mismo por la ley de 17 de julio de 1876 concordado, I, 4ª ed., Madrid, 1890.
- VIVES ANTON, Tomás, Libertad de prensa y responsabilidad criminal. (La regulación de la autoría en los delitos cometidos por medio de la imprenta), Madrid, 1977.
- VIZMANOS, Tomás María de y ALVAREZ MARTINEZ, Cirilo, Comentarios al nuevo Código penal, I y II, Madrid, 1848.
- VOGLER, Theo, "Zur Frage der Ursächlichkeit der Beihilfe für die Haupttat", en Festschrift für Ernst Heinitz, Berlin, 1972, 295-315.
- WACHENFELD, Friedrich, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, München, 1914.
- WELP, Jürgen, (Der praktische Fall. Strafrecht: Die Falle), en JuS, 1967, 507-512.
- WELZEL, Hans, Das deutsche Strafrecht, Eine systematische Darstellung, 11ª ed., Berlin, 1969.
- El nuevo sistema del Derecho penal. Una introducción a la teoría de la acción finalista, (versión castellana y notas por José Cerezo Mir), Barcelona, 1964.
- "Zur Dogmatik im Strafrecht", en Festschrift für Reinhard Maurach, Karlsruhe, 1972, 3-8.
- WESSELS, Johannes, Strafrecht. Allgemeiner Teil, 6ª ed., Karlsruhe, Heidelberg, 1976.
- WIDMAIER, Günter, "Der missverständlich Bestechungsversuch", en JuS, 1970, 241-245.
- YOTOPOULOS-MARANGOPOULOS, Alice, Les mobiles du délit. Etude de criminologie et de Droit pénal suisse et comparé, Paris, 1973.
- ZISSIADES, Jean, "L'orientation moderne des notions d'auteur de l'infraction et de la participation a l'infraction", Revue International de Droit Pénal, 1957, 176-187.